

Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung als integrationspolitische Aufgabe des Kantons

Grund- und menschenrechtlich fundierter Diskriminierungsschutz im Rahmen kantonaler Integrationspolitik

RECHTSEXPERTISE UND EMPFEHLUNGEN

zuhanden der Gesundheits- und Fürsorgedirektion BE – mit besonderer Berücksichtigung des Vernehmlassungsentwurfes vom April 2010 zum Gesetz über die Integration der ausländischen Bevölkerung (Integrationsgesetz, VE-IntG).

Bern, im April 2011

Tarek Naguib, lic. iur.

<http://www.tarek-naguib.ch>

E-Mail: tarek@naguib.ch

**Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung als integrationspolitische Aufgabe des Kantons.
Grund- und menschenrechtlich fundierter Diskriminierungsschutz im Rahmen kantonaler Integra-
tionspolitik**

Rechtsexpertise und Empfehlungen

im Auftrag der Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern

erstellt von Tarek Naguib, lic. iur.

Bern, April 2011

Tarek Naguib

Viktoriastrasse

CH-3013 Bern

Tel. +41 79 350 63 18

E-Mail: tarek@naguib.ch

Homepage: www.tarek-naguib.ch

« (...) denn es geht ja darum, dass alle Personen, die sich
in einem Gemeinwesen aufhalten, an dessen partizipieren.
Das werden sie aber nicht tun, wenn fortgesetzt ihre
Individualität und Zugehörigkeit in Frage
gestellt wird (...) »

(Mark Terkessidis, Interkultur, S. 88)

Inhaltsübersicht

Einleitung	2
01. Diskriminierungsschutz.....	12
02. Diskriminierungsdaten	80
03. Rechtslage	97
04. VE-IntG: Optionen der Umsetzung.....	227
05. Empfehlungen	340
Anhang	366

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	2
A. Ausgangslage	2
B. Auftrag	6
C. Gang der Untersuchung	7
D. Methodik	9
01. Diskriminierungsschutz	12
A. Entwicklungsgeschichte	12
1. Internationale Entwicklungen	13
2. Schweizerische Entwicklungen	23
3. Beurteilung im Lichte des VE-IntG	32
B. Begrifflichkeiten	33
1. Herkunft	34
2. Umgangssprache	34
3. Philosophie	35
4. Sozialwissenschaften	35
6. Wirtschaftswissenschaften	35
6. Kritische Sprachphilosophie und -soziologie	36
7. Rechtswissenschaften	36
8. Beurteilung im Lichte des VE-IntG	37
C. Juristische Definition(en)	38
1. Diskriminierung	38
2. Ethnisch-kulturelle Diskriminierung	40
3. Rassendiskriminierung, rassistische Diskriminierung	41
4. Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen	43
5. Strukturelle Diskriminierung	45
6. Mehrdimensionale (ethnisch-kulturelle) Diskriminierung	46
7. Assoziationsdiskriminierung	52
8. Beurteilung im Lichte des VE-IntG	54
D. Schutzkonzept(e)	56
1. Schutzgüter	56
2. Schutzrichtung	60
3. « Schutzpflichten »	64
4. Beurteilung im Lichte des VE-IntG	67
E. Modell der praktischen Umsetzung	69
1. Grundpflichten: Trias staatlicher Verpflichtungen	70
2. Elemente einer praktischen Umsetzung	70
3. Beurteilung im Lichte des VE-IntG	78
02. Diskriminierungsdaten	80
A. Diskriminierung messen: Möglichkeiten und Grenzen	81
1. Von den Schwierigkeiten, Diskriminierung zu messen	81
2. Methodiken: Stärken und Schwächen (Mario Peucker)	83
3. Beurteilung im Lichte des VE-IntG	86
B. Bestandsaufnahme der Vorfälle im Kanton Bern	87
1. Chronologie rassistische Vorfälle in der Schweiz	87
2. Rassismuvorfälle in der Beratungspraxis (DoSyRa)	87
3. Datenbank zur Rassismustrafnorm	89
4. Wissenschaftliche Studien	90

C.	Diskriminierungstypen	92
1.	Direkte / indirekte	93
2.	Eindimensionale / mehrdimensionale	93
3.	Präferenzbedingte / statistische	94
4.	Gewalt, Äusserung, Ungleichbehandlung, Schutzunterlassung	95
5.	Interpersonelle / strukturelle	95
03.	Rechtslage	97
A.	Übersicht	97
1.	Kompetenzordnung	97
2.	Bundesrecht	101
3.	Kantonales Recht	104
4.	Kommunales Recht	106
B.	Diskriminierungsverbote	107
1.	Verbote staatlicher Diskriminierung	108
2.	Pflicht, vor privater Diskriminierung zu schützen	119
3.	Rassismustrafnorm	128
4.	Gleichstellungsgesetz	153
5.	Behindertengleichstellungsgesetz	158
6.	Allgemeines Privatrecht	164
7.	Allgemeines öffentliches Recht	185
8.	Allgemeines Strafrecht	191
C.	Fördermassnahmen	191
1.	Begriff, Schutzrichtung	192
2.	Völker- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	194
4.	EU-rechtlicher Seitenblick (Klose/Merx)	200
5.	Fördermassnahmen im Bundesrecht	204
6.	Fördermassnahmen im VE-IntG	214
D.	Institutionen	215
1.	Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben	216
2.	Spezialisierte Antirassismusstellen	220
3.	Nicht spezialisierte Stellen	226
04.	VE-IntG: Optionen der Umsetzung	227
A.	Diskriminierungsschutz als hierarchiefreies Konzept	227
B.	Struktur einer kantonalen Antidiskriminierungsstrategie	228
1.	Grundprinzipien	230
2.	Verantwortung	230
3.	Ziele	234
4.	Rechtsinstrumentarium	235
5.	Handlungsebenen	236
6.	Handlungsinstrumente	238

7.	Massnahmenbereiche.....	240
Teil 1.	Diskriminierungsverbote (Massnahmenbereich I).....	240
C.	Verfassungsrecht: Fundament des Diskriminierungsschutzes	240
D.	Verwaltungsrecht: Instrument gegen staatliche Diskriminierung	242
1.	Beispiel 1: Polizeirecht	244
2.	Beispiel 2: Schulrecht	253
3.	Beispiel 3: Personalrecht	261
4.	Empfehlungen an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion	266
E.	Privatrecht: Ermächtigung von Betroffenen privater Diskriminierung	267
1.	Elemente einer privatrechtlichen Diskriminierungsschutzgesetzgebung	268
2.	Umsetzungsanregungen aus Deutschland und Grossbritannien	278
3.	Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion.....	283
F.	Ordnungsrecht: Intervention gegen systematische Diskriminierung	283
1.	Beispiel 1: Gastgewerberecht	284
2.	Beispiel 2: Aufsicht über private Schulen	289
3.	Anregungen aus anderen Kantonen und aus dem Ausland.....	290
4.	Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion.....	291
G.	Strafrecht: Hüterin des öffentlichen Friedens	292
Teil 2.	Fördermassnahmen (Massnahmenbereich II)	292
H.	Positive Massnahmen: Gleichstellung durch Privilegierung.....	293
1.	Quotenregelungen.....	293
2.	Förderung von Ressourcen von unterprivilegierten Personen.....	296
3.	Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion.....	296
I.	Administrative Fördermassnahmen: Stärkung gesellschaftlicher Ressourcen.....	297
1.	Information	297
2.	Beratung.....	298
3.	Sensibilisierung und Prävention	303
4.	Vernetzung.....	306
5.	Öffnung der Institutionen	307
6.	Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion.....	310
J.	Öffentliches Beschaffungswesen: Leistungseinkauf gegen Gleichstellung	310
1.	Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG).....	311
2.	Anregungen aus den USA; Grossbritannien, Schweden, Österreich und der Stadt Zürich.....	312
K.	Subventionen: Anreizsystem für Unternehmen.....	317
1.	Beispiel 1: Finanzhilfen in der Tourismusförderung.....	317
2.	Beispiel 2: Finanzhilfen für Privatschulen.....	318
3.	Beispiel 3: Finanzhilfen zur Förderung des preisgünstigen Mietwohnungsbaus	319
4.	Beispiel 4: Finanzhilfen für private Mittelschulen	320
5.	Anregung aus dem Kanton Neuenburg.....	320
Teil 3.	Institutionen (Massnahmenbereich III).....	320

L.	Staatliche Institutionen: Politikformulierung, -gewährleistung, -controlling	322
1.	Fachstelle des Kantons.....	323
2.	Fachstellen der Direktionen.....	324
3.	Untersuchungsbehörden und Gerichte.....	325
4.	Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion.....	326
5.	Anregungen aus anderen Kantonen und aus dem Bundesland Berlin.....	326
M.	Private Institutionen: Inhaltliche Umsetzung (Sensibilisierung, Prävention, Beratung)	328
1.	Parteiische Anlauf-, Beratungs- und Interventionsstellen	328
2.	Unabhängige Mediationsfachkräfte.....	329
3.	Fachnetzwerk für Beratungsstellen.....	330
4.	Sensibilisierungs- und Präventionsfachstellen.....	330
5.	Fachprojekt für Know-how-Mainstreaming	331
6.	Monitoring-Fachstelle.....	332
7.	Subsidiäre Unterstützung politischer Netzwerke.....	332
8.	Anregungen aus anderen Kantonen, dem Bund und aus Deutschland	333
N.	« Zwischenstaatliche » Institutionen: unabhängige Gesellschaftsbeobachtung, kritische Politikberatung	334
1.	Unabhängige spezialisierte Fachinstitution	335
2.	Ombudsstelle (Anlaufstelle für Konflikte zwischen Staat und Bewohner_innen).....	336
3.	Anregungen aus anderen Kantonen	337
05.	Empfehlungen	340
A.	Konzept und Strategie.....	340
B.	Massnahmenbereich I: Diskriminierungsverbote	347
C.	Massnahmenbereich II: Fördermassnahmen	351
D.	Massnahmenbereich III: Institutionen	360
Anhang	366
A.	Weiterführende Informationen	366
B.	DoSyRa-Fälle im Kanton Bern.....	367
C.	Bibliographie	372
D.	Bundesgesetz gegen Diskriminierung (Modell).....	390
E.	Fragebogen und Adressatenliste	401

Leseanleitung

Das vorliegende Gutachten ist umfangreich. Die relativ breite Darstellung und zugleich tiefe Durchdringung der Materie mittels zahlreicher bzw. detaillierter Informationen bezwecken die Zeichnung eines möglichst konkreten (Vor-)Bildes einer grund- und menschenrechtlich fundierten Politik zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung im Rahmen der Integrationspolitik des Kantons Bern. Der hohe Detaillierungsgrad soll der Regierung und Verwaltung des Kantons Bern bei der Ausgestaltung und Umsetzung von Leitbild, Strategie und Massnahmenplänen des VE-IntG dienen.

Die umfassende Lektüre des Gutachtens ist aufwendig, für die Gewinnung eines Überblicks aber hilfreich. Doch ist sie für die konkrete politische und administrative Praxisarbeit nicht zwingend. Vielmehr eignet sich das Gutachten auch für den Fokus auf spezifische Informationen (im Sinne eines Nachschlagegutachtens). Eine eingehende Lektüre einzelner Teile wird insbesondere hinsichtlich der strategischen Planung, der Erarbeitung der Massnahmenpläne sowie der Planung und Umsetzung der Massnahmen empfohlen.

Das Gutachten richtet sich in erster Linie an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern. In zweiter Linie wendet es sich an sämtliche Akteure des Gemeinwesens Bern, wobei sowohl die Exekutiven als regierende - und damit auch Politiken formulierende - und vollziehende Gewalt als auch die Legislativen als gesetzgeberische Gewalt gemeint sind. Ebenso enthält das Gutachten hilfreiche Informationen für die fachliche und politische Arbeit der Zivilgesellschaft. Schliesslich sind auch Gedankenanstösse für die anderen Kantone und den Bund bezweckt.

Einleitung

A. Ausgangslage

Mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (AuG)¹ und der revidierten Verordnung über die Integration von Ausländerinnen und Ausländern (VIntA)² am 1. Januar 2008 wurden erstmals die Ziele der schweizerischen Integrationspolitik auf Bundesebene verankert³. Im Zentrum der Integrationsarbeit stehen die Herstellung der Chancengleichheit und die Förderung von Toleranz auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung und gegenseitiger Achtung und Toleranz⁴. Ausländerinnen und Ausländer, die sich rechtmässig und dauerhaft in der Schweiz befinden, sollen einen chancengleichen Zugang zum wirtschaftlichen, gesellschaftlichen und sozialen Leben erhalten⁵. Hierzu schaffen Bund und Kantone günstige Rahmenbedingungen für die Chancengleichheit und die Teilhabe der ausländischen Bevölkerung am öffentlichen Leben⁶.

Mit den neuen Regelungen wird der Fokus auch auf die Bekämpfung von Diskriminierungen gerichtet⁷. Art. 4 und 53 AuG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 VIntA schaffen die programmatische Grundlage für die explizite Integration der Antidiskriminierungsarbeit als Teil der Integrationspolitik. Der Schutz vor Diskriminierung wird dadurch wichtiger Bestandteil der Herstellung von günstigen Rahmenbedingungen für die Chancengleichheit. Hiermit wird vom Bundesgesetzgeber anerkannt, dass Offenheit und diskriminierungsfreie Strukturen in der Aufnahmegesellschaft elementare Voraussetzungen für eine erfolgreiche In-

¹ SR 142.20.

² SR 142.205.

³ Art. 4 AuG: « Ziel der Integration ist das Zusammenleben der einheimischen und ausländischen Wohnbevölkerung auf der Grundlage der Werte der Bundesverfassung (Abs. 1). Die Integration soll längerfristig und rechtmässig anwesenden Ausländerinnen und Ausländern ermöglichen, am wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben der Gesellschaft teilzuhaben (Abs. 2). Die Integration setzt sowohl den entsprechenden Willen der Ausländerinnen und Ausländer als auch die Offenheit der schweizerischen Bevölkerung voraus (Abs. 3). Es erfordert, dass sich die Ausländerinnen und Ausländer mit den gesellschaftlichen Verhältnissen und Lebensbedingungen in der Schweiz auseinandersetzen und insbesondere eine Landessprache erlernen (Abs. 4). »

⁴ Art. 2 VIntA: « Ziel der Integration ist die chancengleiche Teilhabe der Ausländerinnen und Ausländer an der schweizerischen Gesellschaft » (Abs. 1). Art. 4 Abs. 1 AuG.

⁵ Art. 4 Abs. 2, Art. 53 Abs. 2 AuG sowie Art. 2 Abs. 1 VIntA.

⁶ Art. 53 Abs. 2 AuG.

⁷ Vgl. hierzu die intensiven Bemühungen des Bundesamtes für Migration BFM und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB in der Steuerung des Umsetzungsprozesses in den Kantonen (a.a.O.).

tegration von Ausländer_innen⁸ sind. So setzt der Bund auch ein Zeichen zur Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote in der gesamte Rechtsordnung (im Sinne von Art. 35 BV)⁹.

Erwähnenswert ist, dass sich die gesetzlichen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz nicht auf Diskriminierungen wegen der Herkunft, der ethnischen Zugehörigkeit, der Religionszugehörigkeit und weiteren rassistischen Diskriminierungen beschränken, sondern ebenso Diskriminierungen aufgrund anderer Dimensionen (wie z.B. Geschlecht, Alter, soziale Stellung und Behinderung) umfassen. So werden Bund und Kantone verpflichtet, den besonderen Anliegen der Integration von Frauen, Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen¹⁰. Damit schliesst der Bund an die verfassungsrechtlichen Vorgaben des grundrechtlichen Schutzes von Kindern und Jugendlichen (Art. 11 BV) und der Frauengleichstellung (Art. 8 Abs. 3 BV) an¹¹. Nicht explizit berücksichtigt werden hingegen die Diskriminierungsdimensionen (hohes) Alter, soziale Stellung, Lebensform, weltanschauliche und politische Überzeugung.

Der « neue » Stellenwert der Bekämpfung von Diskriminierung für die Integrationspolitik wird insbesondere in den im Anschluss an das In-Kraft-Treten der neuen ausländerrechtlichen Bestimmungen vorgenommenen Konkretisierungen der Bundespolitik deutlich: Der nach hat der Bundesrat die Integrationspolitik des Bundes auf der Basis des AuG und der VIntA aus einer Gesamtsicht überprüft und am 5. März 2010 einen Bericht zur Weiterentwicklung der Integrationspolitik¹² publiziert. Der Bericht sieht u.a. vor, künftig auch den Bereich der Diskriminierungsbekämpfung zu verstärken¹³. So stellte der Bundesrat fest, « dass Diskriminierungen ein zentrales Hindernis für die Integration darstellen ». Integrationsförderung, die darauf zielt, Migrantinnen und Migranten in ihrer Eigenverantwortung und der Entwicklung ihren Fähigkeiten zu unterstützen, müsse zwingend mit einer Politik gegen Diskriminierungen einhergehen¹⁴.

⁸ Ich benutze den Unterstrich _ in Anlehnung an Steffen Kitty Hermanns Vorschlag, dass mit dem _ all jene Menschen erneut in die Sprache eingeschrieben werden sollen, die durch das System der Zweigeschlechtlichkeit (binäre Geschlechterdichotomie Mann/Frau) gewalttätig von dieser negiert werden: « Der _ markiert einen Platz, den unsere Sprache nicht zulässt. Er repräsentiert all diejenigen, die entweder von einer zweigeschlechtlichen Ordnung ausgeschlossen werden oder aber nicht Teil von ihr sein wollen. Mit Hilfe des _ sollen all jene Subjekte wieder in die Sprache eingeschrieben werden, die gewaltsam von ihr verleugnet werden. » (HERRMANN, Queer(e) Gestalten, insb. S. 64, Fn. 19).

⁹ Vgl. dazu MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen, Rz. 29-39.

¹⁰ Art. 53 Abs. 4 AuG, Art. 2 Abs. 3 VIntA.

¹¹ Zur Tragweite siehe MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 801-816, 679-736, 737ff.

¹² Bericht zur Weiterentwicklung der Integrationspolitik des Bundes. Bericht des Bundesrates zuhanden der eidgenössischen Räte in Erfüllung der Motionen 06.3445 Fritz Schiesser « Integration als gesellschaftliche und staatliche Kernaufgabe » vom 25. September 2006, am 11. März 2008 als Prüfungsauftrag überweisen, und 06. 3765 SP-Fraktion « Aktionsplan Integration » vom 19. Dezember 2006, am 2. Juni 2008 überweisen.

¹³ Bundesrat, Integration, S. 36. Siehe auch weiter hinten.

¹⁴ Bundesrat, Integration, S. 36.

Eines der Ziele des Bundesrates im Rahmen der Politik gegen Diskriminierung ist die Erhöhung des Durchsetzungspotentials des geltenden Rechts. Das geltende Recht soll bekannter gemacht werden. In diesem Sinne sei der Informationsauftrag in Art. 56 AuG mit dem expliziten Auftrag zu ergänzen, den Diskriminierungsschutz zu thematisieren. Die kantonalen Fachstellen für die Integration sollen Betroffenen kompetente Beratung zum rechtlichen Diskriminierungsschutz und dem Verfahren anbieten oder vermitteln können. Ergänzend dazu seien niederschwellige, kooperativ ausgerichtete Streitbeilegungsmechanismen zu fördern. Schliesslich sollen die kantonalen Fachstellen für die Integration in Zusammenarbeit mit den Regelstrukturen auch darauf hinwirken, dass allfällige Strukturen oder Prozesse, die indirekt diskriminierend wirken, erkannt und abgebaut werden können.

Daran anschliessend möchte der Bundesrat die Möglichkeit schaffen, dass den kantonalen Fachstellen für die Integration ein Auftrag zur Sensibilisierung und Prävention erteilt wird und ihnen die dazu notwendigen Mittel zur Verfügung gestellt werden, diesen umzusetzen bzw. Dritte damit zu beauftragen¹⁵. Eine erste Konkretisierung des Bereiches der Diskriminierungsbekämpfung wurde in Workshops mit den kantonalen und städtischen Integrationsdelegierten an der Tagung des Bundesamtes für Migration BFM und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB vom 31. August 2010¹⁶ und an einem Arbeitstreffen vom 3. Februar¹⁷ vorgenommen. Weiter sind Arbeitstreffen zur Umsetzung geplant mit den Themen: Vernetzung und Qualitätssicherung in der Opferberatung¹⁸, Strategieerarbeitung¹⁹, Diskriminierungsschutz²⁰ und Marktplatz der Angebote²¹. Schliesslich wird zurzeit geprüft, ob das AuG sowie die Regel-

¹⁵ Bundesrat, Integration, S. 46-49.

¹⁶ Vgl. hierzu Dokument « Spezifische Integrationsförderung des Bundes - Schutz vor Diskriminierung », erarbeitet von der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB (internes Dokument). Zum Inhalt siehe weiter hinten.

¹⁷ Zu « Angebote der Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Ziele und Indikatoren der Bekämpfung von Diskriminierung ». Die Teilnehmer_innen des Workshops befassten sich mit dem Thema « Bereitstellen von Angeboten zur Unterstützung und Koordination der Bedürfnisse der Kantone und Gemeinden. »

¹⁸ Terminiert am 11. April 2011 in Lausanne. Ausschreibungstext: « (...) Im Rahmen des Workshops stellt Laura Zinggale vom Beratungsnetz für Rassismuspfer die Angebote von DoSyRa den Fachpersonen aus der Romandie detailliert vor. Anne Aufranc Kilcher schildert Erfahrungen im Aufbau der Beratungsstelle SOS Racisme von Multimondo in Biel. Kathrin Buchmann informiert über die Beratungstätigkeit der Eidg. Kommission gegen Rassismus EKR und zeigt auf, wie die EKR die Beratungsstellen unterstützen kann. »

¹⁹ Terminiert am 11. Mai 2011. Titel: « Strategieerarbeitung: Angebote aus der Sozialarbeit, den Sozialwissenschaften und dem Recht ». Ausschreibungstext: « Sie wollen Diskriminierungsschutz in Ihr Integrationsprogramm einbauen und suchen dazu Unterstützung? Sie haben gute Ideen, sind sich aber nicht sicher, ob diese bedarfsgerecht und machbar sind? Im Workshop Strategieerarbeitung erhalten Sie Anregungen von Seiten der Sozialwissenschaften (Forum für Migrationsstudien SFM Neuchâtel), der Sozialarbeit (Kompetenzzentrum für interkulturelle Konflikte TikK, Hanspeter Fent) und den Rechtswissenschaften (lic. iur. Tarek Naguib präsentiert die Ergebnisse seiner Studie ‚Grund- und menschenrechtlich orientierter Diskriminierungsschutz im Rahmen kantonalen Integrationspolitik‘, die er für den Kanton Bern durchgeführt hat). »

²⁰ Terminiert im Herbst 2011 in Bern. Titel: « Diskriminierungsschutz: Bedarf und Empfehlungen für Massnahmen ». Ausschreibungstext: « Das Forum für Migrationsstudien Neuenburg SFM führt zum Thema Diskriminierungsschutz

gesetze des Bundes mit weiteren spezifischen Bestimmungen zur Integration – inkl. Diskriminierungsschutz – ergänzt werden sollen

Der Bericht Bundesrates und die konkretisierenden Massnahmen nehmen zu einem grossen Teil die Empfehlungen der Tripartiten Agglomerationskonferenz von Bund, Kantonen und Gemeinden (TAK) zur Weiterentwicklung der schweizerischen Integrationspolitik vom 29. Juni 2009 auf²². Letztere betonen die Bedeutung der Bekämpfung von Diskriminierung für eine wirkungsvolle Integrationspolitik²³. Gemäss TAK stellen Diskriminierungen ein zentrales Hindernis für die Integration dar: « Integrationspolitik bedeutet deshalb immer auch Anti-Diskriminierungspolitik (...). Analog zur Erwartung an Ausländerinnen und Ausländer, dass sie sich aktiv für ihre Integration einsetzen, muss die Aufnahmegesellschaft auch die Möglichkeit dazu schaffen. Sie darf keine Hindernisse in den Weg legen bzw. muss diese, wo vorhanden, aktiv abbauen (...). Integration setzt (...) soziale Anerkennung und Wertschätzung sowie einen bewussten Umgang mit Differenz voraus, respektiert Menschen als unterschiedliche, aber gleichwertige Individuen und wirkt kulturellen Vorurteilen entgegen »²⁴.

In ihrem Bericht empfiehlt die TAK, weitere Schritte im Bereich des Diskriminierungsschutzes zu prüfen²⁵, so etwa gesetzgeberische Massnahmen zum Schutz vor Diskriminierung auf den Ebenen Bund, Kantone, Städte und Gemeinden²⁶. Kantone sowie Städte und Gemeinden sorgen für ausreichende personelle und finanzielle Kapazitäten der Integrations- und Anti-Diskriminierungsfachstellen. Integrationsförderung könne nur in die Breite wirken, wenn für ausländische Personen der einheitliche und diskriminierungsfreie Zugang zu (staatlichen) Ressourcen und zu Leistungen gleichmässiger Qualität gewährleistet ist²⁷. Letztlich gehe es neben dem gesellschaftlichen Zusammenhalt und die Rolle der Zivilgesellschaft

Bedarfserhebungen für die Innerschweizer Kantone und für den Kanton Waadt durch. Die Ergebnisse und Empfehlungen können auch anderen Kantonen Anregungen bieten, um den Diskriminierungsschutz in ihre Integrationsprogramme einzubauen. Im Rahmen des Workshops präsentiert das SFM die Studienergebnisse und bietet die Gelegenheit zu Diskussion und Austausch dazu. »

²¹ Terminiert im Winter 2011/2012. Ausschreibungstext: « Es besteht bereits eine Vielzahl von Angeboten im Bereich des Diskriminierungsschutzes. Die Palette reicht von Coaching und Weiterbildungen für Institutionen der Regelstrukturen oder Beratungsangebote für Opfer über pädagogische und agogische Angebote bis hin zu bewährten oder innovativen Sensibilisierungs- und Interventionsprojekten. Möchten Sie sich einen Überblick verschaffen? Suchen Sie eine Gelegenheit, Anbieter persönlich kennenzulernen, um Ihre Anliegen zu diskutieren? Auf dem Marktplatz können sie bei Kaffee und Kuchen flanieren, sich informieren, diskutieren. »

²² Weiterentwicklung der schweizerischen Integrationspolitik. Bericht und Empfehlungen der TAK vom 29. Juni 2009.

²³ TAK, Integration, S. 2, 8-11, 13. Rechtliche Verbindlichkeit hat der TAK-Bericht keine.

²⁴ TAK, Integration, S. 12.

²⁵ TAK, Integration, S. 12.

²⁶ TAK, Integration, Übersicht, S. 12.

²⁷ TAK, Integration, S. 13

insgesamt auch um den Schutz vor Diskriminierung und Ausgrenzung²⁸. Dabei hat die Verwaltung eine Vorbildfunktion, indem sie zum Schutz vor Diskriminierungen aller Art beitragen muss²⁹.

Mit der neu aufgestellten Integrationspolitik des Bundes wird sowohl für die Integrationsarbeit als auch für die Antidiskriminierungsarbeit als Bestandteil davon ein gesamtschweizerischer Paradigmenwechsel eingeleitet: Antidiskriminierung ist fortan in den Strukturen der Integrationsarbeit auf allen drei Stufen des Gemeinwesens (Bund, Kantone, Gemeinden) mitzudenken, Strategien zu formulieren, Massnahmen zu konzipieren und entsprechend umzusetzen.

B. Auftrag

Diese vom Bund aktiver gestaltete Integrationsarbeit schlägt sich bereits in der konkreten Planung der Kantone nieder³⁰. So greift der Vorentwurf des neuen Integrationsgesetzes des Kantons Bern (VE-IntG BE) die auf – namentlich: ethnisch-kulturelle Diskriminierung intensiver zu thematisieren und zu bekämpfen. Mit Art. 15 i.V.m. Art. 1 soll die gesetzgeberische Voraussetzung für eine verstärkte Auseinandersetzung mit und Bekämpfung von ethnisch-kultureller Diskriminierung im Kanton Bern geschaffen werden³¹. Das Gesetz hält in Absatz 1 lit. g fest, dass die Bekämpfung und Vermeidung von ethnisch-kultureller Diskriminierung eine Aufgabe des Kantons und der Gemeinden darstellt. Die Umsetzung dieser Aufgabe soll im Rahmen der Planungs- und Steuerungsabläufe der Integrationsförderung erfolgen (Art. 16ff.). Massnahmen gegen ethnisch-kulturelle Diskriminierung könnten unter anderem in Form von gezielter Informationsarbeit, Beratungsangeboten und mit dem Austausch sowie der Kooperation mit anderen in diesem Bereich tätigen Einrichtungen realisiert werden (Art. 15, zudem betreffend die Beratung: Art. 7 und betreffend Projektunterstützungen: Art. 21). Sie richten sich an Bewohnerinnen und Bewohner des Kantons unabhängig von ihrer Nationalität, an von Diskriminierung Betroffene und (potentielle) Urheberinnen und Urheber von Diskriminierungen (Art. 2).

Hinsichtlich der Konzipierung wirksamer Massnahmen und deren effektive Umsetzung analysiert die Gesundheits- und Fürsorgedirektion die Situation der Ausländerinnen und Ausländer im Kanton Bern und

²⁸ TAK, Integration, S. 10.

²⁹ TAK, Integration, S. 13.

³⁰ Vgl. hierzu etwa auch die Tagung der Schweizerischen Konferenz der Fachstellen für Integration Kofi / cosi vom 2. Dezember zum Thema « Rassistische Diskriminierung bekämpfen. Voraussetzungen, Chancen und Herausforderungen », abrufbar unter: http://www.kofi-cosi.ch/cgi-bin/dokumente/Tagungen/KOFI_Fachtagung_Diskriminierungsbekämpfung.pdf (Zugriff: 20. Dezember 2010).

³¹ Vortrag des Regierungsrates an den Grossen Rat betreffend Integrationsgesetz, Fassung für das Vernehmlassungsverfahren (April 2010), S. 31, abrufbar unter: <http://www.portalbackend.be.ch/public/media/DisplayFile.aspx?fileId=55321366962810206&linkId=6511267920926111907&linkName=Vortrag%20Integrationsgesetz> (Zugriff: 15. September 2010).

erarbeitet in Zusammenarbeit mit den anderen Direktionen zuhanden des Regierungsrates die Massnahmenpläne für den Vollzug des Gesetzes (Art. 17 Abs. 1). Die neu geschaffene Fachstelle für die Integration (Art 17 Abs. 3) ist ebenfalls Ansprechstelle betreffend ethnisch-kultureller Diskriminierung (Art. 17 Abs. 5). Die Direktionen setzen die Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von ethnisch-kultureller Diskriminierung in ihrem Zuständigkeitsbereich um (Art. 18 Abs. 1), koordiniert von der Fachstelle für die Integration (Art. 17 Abs. 4). Unterstützt werden der Regierungsrat und die kantonalen Verwaltungsstellen von der kantonalen Kommission für die Integration der ausländischen Bevölkerung, die als konsultatives und beratendes Organ fungiert (Art. 19). In den Gemeinden ist der Gemeinderat Ansprechstelle für die Verhinderung und Beseitigung von ethnisch-kultureller Diskriminierung, sofern dieser keine anderen Stelle bezeichnet (Art. 20). Die Gemeinden haben die Möglichkeit, gemeinsam Fachstellen zu schaffen.

Diese sich derzeit im Gesetzgebungsprozess befindende kantonale Politik³² zur Verhinderung und Beseitigung von ethnisch-kultureller Diskriminierung ist Gegenstand der vorliegenden Expertise. Das Gutachten schafft aus rechtlicher Perspektive die Grundlagen für potentielle Anpassungen im Integrationsgesetz, die Spezifizierung des Antidiskriminierungsauftrages in der Integrationsverordnung und die Entwicklung von Leitbild, Strategie und Massnahmenplänen für den Vollzug der vom Integrationsgesetz vorgelegten Programmpolitik. Die Studie skizziert in Form von Empfehlungen an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion mögliche gesetzgeberische und administrative Massnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung auf der Grundlage des kantonalen Integrationsgesetzes im Besonderen und der geltenden Rechtslage im Allgemeinen, so insbesondere im Rahmen des Schutzauftrages von Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 BV und des kantonalen Grundrechtsschutzes³³ (Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Art. 27 Abs. 1 und 2 KV-BE). Die Expertise richtet sich am Kanton Bern aus, beinhaltet darüber hinaus aber auch potentiell interessante Erkenntnisse für Organisationen in der praktischen Antidiskriminierungs- und Integrationsarbeit, die Gemeinden, die anderen Kantone und den Bund.

C. Gang der Untersuchung

Teil 01 Diskriminierungsschutz der Expertise stellt die historischen und konzeptionellen Hintergründe der grund- und menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote vor. Thematisiert werden die internationale und schweizerische Entwicklungsgeschichte des rechtlichen Diskriminierungsschutzes, die Begrifflichkeiten zu den Diskriminierungsverboten und die in Praxis und Lehre diskutierten Schutzkonzepte. Darauf aufbauend werden Elemente einer praktischen Antidiskriminierungsarbeit herausgearbeitet. Methodisch orientiert sich Teil 01 primär an den im schweizerischen Recht - insbesondere auf der Grundlage der ver-

³² Der Entwurf des Integrationsgesetzes befindet sich zurzeit im Stadium der Überarbeitung nach Abschluss des Vernehmlassungsverfahrens.

³³ Siehe hierzu KÄGI-DIENER, Grundrechtsschutz durch die Kantone.

fassungs- und völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote - entwickelten Diskriminierungsschutzkonzept. Ergänzend berücksichtigt das Gutachten rechtshistorische (Entwicklungsgeschichte), etymologische, soziologische und philosophische (Begrifflichkeit und teilweise auch Schutzkonzept) und politologische (Antidiskriminierungsinstrumente) Perspektiven sowie Erkenntnisse aus der praktischen Antidiskriminierungsarbeit (Sensibilisierung, Prävention, Beratung, Intervention, Öffnung der Institutionen).

Teil 02 Diskriminierungsdaten vermittelt kursorische Einblicke in die Diskriminierungsrealität im Kanton Bern und klärt die mit der Erfassung von Daten verbundenden methodischen Schwierigkeiten. Anhand zweier aktueller Studien zur Diskriminierung in Deutschland wird aufgezeigt, welche methodischen Schwierigkeiten sich bei der systematischen Erhebung von Daten ergeben können. Weiter soll anhand einer Analyse der wichtigsten vorliegenden qualitativen und quantitativen Daten ein Bild möglicher Diskriminierungen gezeichnet und darüber hinaus Einblicke in die betroffenen Gruppen, Lebensbereiche, Formen und Auswirkungen auf die Integration gewährt werden. Abschliessend formuliert das Gutachten Empfehlungen zur Notwendigkeit und zu den Rahmenbedingungen der Erhebung von Diskriminierungsdaten im Kanton Bern. Es stehen die Fragen im Zentrum: Weshalb werden Daten benötigt? Was für Schlüsse sind aus den methodischen Herausforderungen zu ziehen?

Der anschliessende *Teil 03 Rechtslage* vermittelt den rechtlichen Status Quo: Erstens wird das für die Antidiskriminierungspolitik des Kantons Bern bedeutende Recht zum Schutz vor Diskriminierung analysiert: Wie schützt das Recht vor staatlicher Diskriminierung? Welche Pflichten hat das Gemeinwesen, vor Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten zu schützen und strukturelle Diskriminierung abzubauen? Zweitens werden die aktuellen antidiskriminierungsrechtlichen Praxen des Kantons skizziert. Methodisch konzentriert sich Teil 03 auf die einschlägigen rechtlichen Bestimmungen und die Gerichtspraxis des geltenden Bundesrechts (einschliesslich des Völkerrechts), des kantonalen und vereinzelt auch des kommunalen Rechts. Für eine Darstellung der Rechtswirklichkeit wird auf Berichte und Untersuchungen aus der sozialwissenschaftlichen Literatur zugegriffen. Berücksichtigt werden zudem Erkenntnisse aus ca. 60 Interviews mit Praktiker_innen, Verwaltungsstellen sowie Professoren der Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, Rechtsetzung und Rechtstheorie.

Auf den Teilen 01-03 aufbauend werden im *(Haupt-)Teil 04 VE-IntG: Optionen der Umsetzung* mögliche gesetzgeberische und administrative Massnahmen im Rahmen des Integrationsgesetzes formuliert. Grundlage hierfür ist erstens die geltende Rechtslage, wobei neben den Bestimmungen im Vorentwurf des Integrationsgesetzes die völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben – insbesondere die Menschenrechte und Grundrechte – als normative Vorgabe dienen. Zweitens werden auch hier die Ergebnisse von Interviews zu Fragen rund um potentielle Antidiskriminierungspraxen, die mit insgesamt 60 Stellen geführt wurden, präsentiert. Ergänzend werden antidiskriminierungspolitische Praxen aus dem In- und Ausland als Inspirationsquelle genutzt.

Die Ergebnisse fliessen abschliessend in konkrete Empfehlungen zuhanden der Gesundheits- und Fürsorgedirektion, die sich äussern zu: Konzept und Strategie (A.), Massnahmenbereich I: Diskriminierungsverbote (B.), Massnahmenbereich II: Fördermassnahmen (C.), Massnahmenbereich III: Institutionen (D.).

D. Methodik

Die Studie ist interdisziplinär ausgerichtet. Die konzeptionellen Darstellungen zum Diskriminierungsschutzrecht (Teil 01.) orientieren sich an der rechtswissenschaftlichen Literatur und der Gerichtspraxis. Aus entwicklungsgeschichtlicher Perspektive im Zentrum stehen spezifische schweizerische Konzepte zum Diskriminierungsschutz, die massgeblich durch Konzepte im Völkerrecht beeinflusst sind. Ergänzt und konkretisiert zwecks einer verbesserten praktischen Operationalisierung werden die juristischen Konzepte durch Überlegungen aus der Rechtssoziologie, der Rechtstheorie, der Rechtsphilosophie und aus der Sensibilisierungs-, Präventions- und Interventionspraxis der Antirassismussarbeit. Im Zentrum stehen dabei aktuelle Ansätze der Gleichheitsforscherin und Juristin SUSANNE BAER zur Frage der angemessenen Wirkung und Wirksamkeit von Antidiskriminierungsmassnahmen und des KOMPETENZZENTRUMS INTERKULTURELLE KONFLIKTE (TIKK), das seit Mitte der 90er-Jahre mittels theoretisch fundierter und praxisgeprobter Methodik Konfliktbewältigungs-, Sensibilisierungs-, Präventions- und Gemeinwesenarbeit leistet. Die Informationen werden durch Erfahrungen des Verfassers in der praktischen Antidiskriminierungsarbeit ergänzt³⁴.

Die empirische Datenlage zu den Diskriminierungsvorkommen im Kanton Bern (Teil 02.) wird anhand einer Analyse der wichtigsten bestehenden Datenerfassungssysteme dargestellt. Dazu gehören die Chronologie rassistische Vorfälle der Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus GRA und der Gemeinschaft Minderheiten Schweiz GMS, das Dokumentationssystem für Rassismussvorfälle (DoSyRa) des Joint-Ventures *Beratungsnetz für Rassismussopfer* (getragen von: humanrights.ch/EKR) und die Datenbank der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR. Ergänzt werden die Daten durch eine Übersicht einzelner sozialwissenschaftlicher Studien im Bereich der ethnisch-kulturellen Diskriminierung. Einleitend werden die methodischen Schwierigkeiten der Messung von Diskriminierung anhand zweier Studien von MARIO PEUCKER des Europäischen Forums für Migrationsstudien der Universität Bamberg sowie HUBERT ROTTLEUTHNER und MATTHIAS MAHLMANN der Freien Universität Berlin skizziert.

³⁴ Der Verfasser arbeitet seit März 2004 im Themenfeld des Diskriminierungsschutzes. Für einen Überblick in die Praxiserfahrung siehe www.tarek-naguib.ch. Die Erfahrungswerte beziehen sich einerseits auf den Diskriminierungsschutz allgemein und andererseits insbesondere auf die Bereiche des Antirassismus und der Behindertengleichstellung. Sie betreffen Tätigkeiten der Beratung und Intervention, des Lobbying, wissenschaftliches Publizierens, der Vernetzung, Prävention und Schulung.

Die geltende Rechtslage (Teil 03.) wird über die Analyse der rechtswissenschaftlichen Literatur und der (Gerichts-)Praxis dargestellt. Berücksichtigung findet das Recht auf allen drei Ebenen des Staatswesens - Bund, Kantone und Gemeinden – inklusive das Völkerrecht. Untersucht werden sämtliche zentralen Rechtsgebiete (Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Strafrecht, Privatrecht). Dabei gilt es jedoch anzumerken, dass die Analyse keine umfassende sein kann. Insbesondere werden weder die Rechtslage des Kantons und die Rechtslage in den Gemeinden des Kantons Bern abschliessend untersucht, da dies den Rahmen der Expertise sprengen würde.

Neben der rechtsdogmatischen Analyse werden in Teil 03 auch einzelne Aspekte der Rechtswirklichkeit untersucht. Das Gutachten stützt sich dabei auf wirksamkeitstheoretische Überlegungen aus der Deutschen Rechtssoziologie in Anlehnung an die (Rechts-)Soziologen BLANKENBURG, OPP, DIEKMANN, ROTTLEUTHNER, RAISER und KLOSE, wobei sich insbesondere Letzterer eingehend mit der Wirksamkeit des Antidiskriminierungsrechts befasste. Diesen theoretischen Grundlagen nach misst sich die Wirksamkeit des Rechts an der Quote der Befolgung, der Inanspruchnahme, der Sanktionierung bei Nichtbefolgung und des Vollzuges bei einer Sanktionierung. Zwar wird im Rahmen des Gutachtens keine umfassende Analyse vorgenommen, da dies den Rahmen sprengen würde. Hingegen werden vereinzelt dem Verfasser bedeutende Aspekte der empirischen Forschung – theoretisch strukturiert – herausgegriffen.

Bei der Darstellung der potentiellen kantonalen Massnahmen zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung (Teil 04.) orientiert sich die Studie am Massstab der « grund- und menschenrechtlich fundierten Antidiskriminierungspolitik ». Die Ausführungen beschränken sich auf potentiell zielführende Massnahmen. Berücksichtigt werden Massnahmen, die sich in anderen Kantonen, Gemeinden und in der weltweit gut 60jährigen Geschichte des Antidiskriminierungsrechts bewährt haben. Ergänzt werden diese Informationen mit Erkenntnissen, die im Rahmen von 50 qualitativen schriftlichen Interviews sowie 15 qualitativen mündlichen Interviews mit Expert_innen aus der praktischen Sensibilisierungs-, Präventions- und Interventionsarbeit (1)³⁵, aus der kantonalen und kommunalen Verwaltung des Kantons Bern (2) und

³⁵ Spezialisierte Fachstellen im Bereich der Arbeit gegen ethnisch-kulturelle Diskriminierung: gggfon – Gemeinsam gegen Gewalt und Rassismus, Interview geführt mit Giorgio Andreoli (Geschäftsführer) und Annette Lüthi (Mitarbeiterin), <http://www.gggfon.ch>; Multimondo Biel / Bienne, Interview geführt mit Jürg Walker (Geschäftsführer) und Laura Zingale (Projektverantwortliche für die Beratungsarbeit), <http://www.multimondo.ch>; Gemeinsam gegen Rassismus – Schweizerischer Arbeiterhilfswerk Schaffhausen (SAH Schaffhausen), Interview geführt mit Barbara Ackermann (Geschäftsleiterin), <http://www.sah-sh.ch>; Stopp Rassismus – Nordwestschweizer Beratungsstelle gegen Diskriminierung und Rassismus, Interview geführt mit Johan Göttl (Leitung Projekte Antirassismusberatung), <http://www.stopp Rassismus.ch>; Kompetenzzentrum interkulturelle Konflikte TikK, Interview geführt mit Hanspeter Fent (Geschäftsleiter), <http://www.tikk.ch>; Humanrights.ch/MERS, Interview geführt mit Christina Hausammann (Co-Geschäftsleiterin), <http://www.humanrights.ch>.

Akteuren aus den Sozialwissenschaften, der Rechtssoziologie, Rechtsphilosophie und Rechtstheorie (3)³⁶ gewonnen wurden.

In den mündlichen Interviews wurden drei Themenkomplexe bearbeitet. Nachdem die Interviewpartne-rInnen um eine Einschätzung zur Diskriminierungsrealität befragt wurden, wurden Sie gebeten, sich zur Bedeutung von Diskriminierungsdaten und Daten zur Wirksamkeit von Antidiskriminierungsprojekten für die praktische Antidiskriminierungsarbeit zu äussern. Im Anschluss daran wurden verschiedene Fragen zur Rolle des Staates in der Antidiskriminierungsarbeit, der horizontalen und vertikalen Rollenaufteilung und Kooperation sowie der Bedeutung verschiedener Antidiskriminierungspraxen und -massnahmen – in den Bereichen Prävention, Sensibilisierung und Intervention – gestellt. Abschliessend fand eine Vertiefung der Rolle des Rechts im Diskriminierungsschutz im Allgemeinen und im Spezifischen statt; so wurden insbesondere um eine Einschätzung zur Tauglichkeit verschiedener rechtlicher Instrumente in den Bereichen Verbote, Fördermassnahmen und insitutionelle Mechanismen gebeten³⁷.

Die Interviews wurden nicht umfassend quantitativ noch qualitativ ausgewertet, sondern dienten bei der Entwicklung der Empfehlungen als inhaltlicher Resonanzkörper. Es werden bei jeder Empfehlung (Teil 05.) jeweils kurz die Positionen der Interviews zu den Inhalten der Empfehlung zusammenfassend dargestellt.

³⁶ Prof. Marcel Alexander Niggli, Universität Fribourg, Lehrstuhl für Strafrecht, Rechtsphilosophie, Kriminologie und Rechtssoziologie; Prof. Daniel Thürer (emer.), Universität Zürich, Institut für Völkerrecht; Prof. Kurt Pärli, Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW, School of Management and Law, Zentrum für Sozialrecht; Prof. Matthias Mahlmann, Universität Zürich, Lehrstuhl für Rechtstheorie, Rechtssoziologie und Internationales Öffentliches Recht; Prof. Paul Richli (emer.), Universität Luzern, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Agrarrecht und Rechtsetzungslehre.

³⁷ Siehe den Fragebogen und Adressatenliste im Annex.

01. Diskriminierungsschutz

A. Entwicklungsgeschichte

Eine Genealogie des rechtlichen Diskriminierungsschutzes lässt sich nicht präzise nachzeichnen, dies weder hinsichtlich seines Ursprunges noch bezüglich der Entwicklung der Diskriminierungsverbote und ihrer rechtlichen Bedeutung. Impulse ergeben sich aus drei Richtungen³⁸: Erstens mobilisierte die Aufklärung und die damit eng verwobene Französische Revolution mit dem aufklärerischen Prinzip von « Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit » menschenrechtliche und damit auch gleichheits- bzw. diskriminierungsschutzrechtliche Kräfte. Zweitens begünstigte die Nationalstaatenbildung im Zuge der Industrialisierung die freiheits- und sozialrechtliche Aufstellung des Nationalstaates. Schliesslich sind die Kolonialzeit und die kriegेरischen Gräu el des Ersten und Zweiten Weltkrieges Anstoss des Entsetzens und der davon ausgelösten Stärkung des individualrechtlichen Menschenrechtsschutzes³⁹.

Aus spezifisch diskriminierungsschutzrechtlicher Perspektive von besonderen Interesse sind weiter die Entwicklungen in den Vereinigten Staaten von Amerika im Zusammenhang mit der Abschaffung der Sklaverei im Nachgang des Sezessionskrieges⁴⁰, die Bestrebungen der Vereinten Nationen der Fortentwicklung der Menschenrechte auf universaler Ebene im Zuge der weltweiten Diskriminierungsrealitäten⁴¹, die grundrechtlich orientierten Entwicklungen innerhalb progressiver europäischer Staaten⁴² und die sich jüngst in beachtlicher Geschwindigkeit weiterentwickelnden diskriminierungsschutzrechtlichen Standards im Rahmen der Integration der Europäischen Union⁴³. Ebenso von Interesse sind die spezifisch eidgenössischen Entwicklungen von Mitte der 90er- bis Anfang 2000er-Jahre im Nachgang der Einführung des Frauenstimmrechts 1971 und des verfassungsrechtlichen Geschlechtergleichheitsartikels 1981⁴⁴.

³⁸ Vgl. hierzu KÄLIN, Referat vom 12. Mai 2005 im Rahmen einer Schulung des Generalsekretariats des Eidgenössischen Departementes des Innern EDI zum Thema Menschenrechte in der Bundesverwaltung.

³⁹ Vgl. hierzu etwa die Präambel der ICERD, die « den Kolonialismus und alle damit verbundenen Praktiken der Rassentrennung und der Diskriminierung » verurteilt.

⁴⁰ Vgl. hierzu GRABER, S. 91ff. Siehe zudem den Entscheid des U.S. Supreme Court *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. (10 Otto) 303, 307f. (1879).

⁴¹ Für eine Übersicht zur Anerkennung der Diskriminierungsverbote im internationalen Recht MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 680; KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechte, S. 389ff.; PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 55f.

⁴² Für eine Übersicht siehe weiter hinten.

⁴³ Siehe weiter hinten, a.a.O.

⁴⁴ Siehe weiter hinten, a.a.O.

Die folgende Darstellung der für die Schweiz wichtigen internationalen und nationalen Schritte bezweckt die rechtshistorische Nachzeichnung des positiven Diskriminierungsschutzrechts und der aktuellen Gegenstände rechtswissenschaftlicher Kontroverse. Weiter hat sie – im Sinne einer historischen Kontextualisierung – zum Ziel, den im (rechts-)politischen Diskurs eher exotisch betrachteten Gleichheitsschutz im Verhältnis zwischen Privaten aus seiner scheinbaren Randständigkeit herauszuholen⁴⁵. Bezweckt wird damit endlich, Verständnis für ein historisch universal und ebenso eidgenössisch-partikular geprägtes grund- und menschenrechtliches Antidiskriminierungsrecht zu vermitteln und damit an historischer Klarheit für die daran anschliessende theoretische Auseinandersetzung mit den Diskriminierungsbegrifflichkeiten bzw. Schutzkonzepten zu gewinnen.

1. Internationale Entwicklungen

a. Ende 19. J.h. : US-amerikanische Vorläufer im Wettbewerbsrecht

Diskriminierungsverbote finden sich erstmals gegen Ende des 19. Jahrhunderts im U.S.-amerikanischen Recht. In die U.S.-amerikanische Verfassung von 1787 wurde trotz ihrer grundsätzlich gleichheitsrechtlichen Ausrichtung noch kein Grundrecht auf Gleichheit aufgenommen⁴⁶. « Erst nach der militärischen Niederlage der Südstaaten im Sezessionskrieg wurde im Jahre 1865 mit dem 13. Zusatzartikel die Sklaverei abgeschafft und drei Jahre später im 14. Zusatzartikel ein Gleichheitssatz erlassen »⁴⁷, der zwar allgemein ausgerichtet war jedoch spezifisch auf die Gleichbehandlung der afro-amerikanischen Bevölkerung zielte⁴⁸. Der 14. Zusatzartikel nahm die Jahrhunderte lange Erfahrung der Versklavung von Menschen afrikanischen Ursprungs auf und bezweckte, sie fortan vor Ausgrenzung, Stigmatisierung und Herabwür-

⁴⁵ Zur Problematik des Provinzialismus im Rahmen gerechtigkeitsrechtlicher Überlegungen siehe SMITH; SEN. In der politischen (aber auch rechtswissenschaftlichen) Debatte mussten Gleichheitsanliegen stets von Neuem (wieder) erkämpft werden, wobei immer wieder Bezüge zu bereits geltendem Antidiskriminierungsrecht hergestellt wurden und zugleich der Widerstand gegen ein umfassendes Antidiskriminierungsrecht im Grundsatz weiterhin breit verankert ist. Gleichheitsrecht im Verhältnis zwischen Privaten gilt keineswegs als rechtsstaatlich selbstverständliches gesellschaftliches Postulat, sondern fristet eher als ein partikuläres Desiderat verschiedener Minderheiten bzw. Gesellschaftsgruppen, die sich darüber hinaus zudem nicht selten in ihren politischen Interessen gegenseitig – nicht ganz unberechtigt – konkurrenziert sehen (vgl. hierzu etwa NAGUIB, Mehrdimensionale Diskriminierung, AGLLE-Bulletin 1/2011), und die Skepsis zeigen, da « neue » diskriminierungsschutzrechtliche Forderungen (etwa seitens schwul-lesbischer und antirassistischer Bewegungen) « eigene » Fortschritte (etwa der feministischen Bewegung) im politischen Kampf schwächen könnten (vgl. hierzu auch die verschiedenen Voten an der von humanrights.ch in Zusammenarbeit mit weiteren Organisationen organisierten Arbeitstagung « Verstärkung des rechtlichen Schutzes gegen Diskriminierung: ein NGO-Anliegen » vom 30. März 2011).

⁴⁶ Vgl. hierzu GORDON S. WOOD, *The Radicalism of the American Revolution*, New York 1991, S. 229ff.; MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 679; OPPENHEIMER, S. 21.

⁴⁷ MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 678.

⁴⁸ Siehe dazu etwa den Entscheid des U.S. Supreme Court *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. (10 Otto) 303, 307f. (1879).

digung zu schützen⁴⁹. Heute ist weitestgehend anerkannt, dass der 14. Zusatzartikel auch gegen Diskriminierung wegen des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, der Herkunft, der geistigen Behinderung und ausserehelichen Geburt schützt⁵⁰.

Das U.S.-amerikanische Antidiskriminierungsrecht – aber auch das Antidiskriminierungsrecht in Europa – hat in seiner Entwicklungsgeschichte und geltungszeitlichen Dimensionen zwei funktionale Ausrichtungen⁵¹. Einerseits ist es ein Instrument zur Stärkung des Wettbewerbs, indem marktfeindliche Diskriminierungen unterbunden werden. Andererseits ist es ein rechtliches Mittel zum Schutz der Würde des Menschen. Beide Funktionen finden sich bereits im US-amerikanischen Recht der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, wo der Begriff « Diskriminierung » erstmals seine Verwendung fand. Gegenstand bildeten sowohl Gerichtsfälle menschenrechtlich- bzw. grundrechtlicher Diskriminierungsverbote⁵². Andererseits entwickelte sich das Diskriminierungsverbot insbesondere auf der Grundlage wettbewerbsrechtlicher Regulierungsbedürfnisse, welche marktschädliches Handeln unter anderem in Form der Diskriminierung unterbinden sollten: so etwa die Gesetze im Eisenbahnsektor, die « Granger-Laws », die erstmals Verbote diskriminierender Preisgestaltung enthielten⁵³, sowie der « Granger-Laws Interstate Commerce Act » von 1887⁵⁴ und der « Clayton-Act » von 1914⁵⁵.

Die erwähnten Beispiele zeigen, dass sich Diskriminierungsverbote keineswegs ausschliesslich an den Staat richten, sondern ebenso private juristische und natürliche Personen im Rahmen differenziert austarierter Güterabwägungen in die Pflicht nehmen. Dies ist aus der Perspektive der Integrationspolitik von besonderem Interesse, da sich Integrationshemmnisse oft in nichtstaatlichen Bereichen, so insbesondere in der quasi-öffentlichen oder gar privaten Sphäre manifestieren (z.B. Erwerb, Wohnen, Güter, Dienstleistungen, Vereinswesen), und deren gerechte und wirksame Beseitigung entsprechende staatliche diskriminierungsschutzrechtliche Interventionen bedingt⁵⁶.

b. Anfang-Mitte 20. J.h. : US-amerikanische Vorläufer im Verfassungsrecht

⁴⁹ MÜLLER/SHEFER, Grundrechte, S. 679.

⁵⁰ MÜLLER/SHEFER, Grundrechte, S. 679, mit Verweis auf den Überblick bei ROTUNDA/NOWAK, Treaties, Bd. III, § 18.

⁵¹ Vgl. dazu ebenso die fortfolgenden Erläuterungen.

⁵² Vgl. dazu etwa *Virginia v. Rives*, Case 100 US. 313 (1879), *Strauder v. West Virginia*, Case 100 US. 303 (1879), *civil rights cases* 109, US. 3 (1883).

⁵³ Zu den Granger Laws s. DETRICK, S. 237ff.

⁵⁴ Ein Auszug des Interstate Act von 1887 findet sich unter:
www.historicaldocuments.com/InterstateCommerceAct.htm (Zugriff: 14. März 2011).

⁵⁵ Zum Clayton Act von 1914 siehe RAMIREZ/EIGEN-ZUCCHI, S. 157ff. Vgl. zudem
<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/statutes/clayton.html> (Zugriff: 20. Mai 2010).

⁵⁶ Dazu mehr weiter hinten.

Mitte der 20er-Jahre kam es in den USA zu intensiven Auseinandersetzungen im Zusammenhang mit staatlichen Benachteiligungen, so insbesondere der farbigen Bevölkerung. Nachdem der Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika 1896 in seinem Urteil *Plessy gegen Ferguson*⁵⁷ die staatlich angeordnete öffentliche Rassentrennung für zulässig erklärte, sofern die bereitgestellten getrennten Einrichtungen « gleich » waren, kam es in den 1940er Jahren zu intensiven gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen der Farbigen-Bewegung⁵⁸ und dem Staat. 1954 urteilte das Gericht in der Rechtssache *Brown gegen Board of Education*⁵⁹, dass getrennte Einrichtungen schon ihrem Wesen nach Ungleich sind. An dieses Urteil schlossen sich dann in den 60er-Jahren zahlreiche Urteile gegen staatliche Diskriminierungen, in denen Verstöße gegen den Gleichheitsgrundsatz bei der Rassentrennung in öffentlichen Einrichtungen wie Krankenhäuser, Verkehrsmittel, Büchereien und Parks festgestellt wurden⁶⁰.

c. Nachkriegszeit (Mitte 20 J.h.) : Entwicklung von Menschenrechts- und Grundrechtsschutz

Im Völkerrecht tauchte der Begriff « Diskriminierung » nach dem ersten Weltkrieg in den Minderheitenschutzverträgen und Friedensverträgen auf⁶¹. Nach der schrecklichen Zeit des Ersten und des Zweiten Weltkrieges wurde der völkerrechtliche Schutz des Einzelnen eine zentrale Aufgabe der neu gegründeten Vereinten Nationen⁶². In der Präambel der UNO-Charta werden Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit für alle « ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion » als Ziel anerkannt. Die Charta markiert damit den Beginn einer langen Reihe von internationalen menschenrechtlichen Gewährleistungen, welche die Abschaffung von Diskriminierung zum Ziel haben⁶³. Die Übereinkommen richten sich an die Vertragsstaaten und verpflichten diese, staatliche Diskriminierung zu unterlassen sowie Schutzmassnahmen zur Verhinderung und Sanktionierung privater Diskriminierung zu erlassen⁶⁴.

⁵⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 US 537 (1896).

⁵⁸ National Association for the Advancement of Colored People (NAACP). Vgl. hierzu auch OPPENHEIMER, S. 23.

⁵⁹ *Brown v. Board of Ed. Of Topeka*, Shawnee County, Kann., 347 US 483, 495 /1954).

⁶⁰ Siehe *Boynton v. Virginia*, 364 US 454 (1969) (Ungültigkeit der Rassentrennung in öffentlichen Verkehrsmitteln); *Dawson v. Mayor of the City of Baltimore*, 220 F.2d 386 (4th Cir. 1955) (Verbot der Rassentrennung an öffentlichen Stränden und in Badeanstalten); *Cypress v. Newport News General and Nonsectarian Hospital Ass'n*, 375 F.2d 648 (4th Cir. 1967); *Watson v. City of Memphis*, 373 US 526 (1963) (Verbot der Rassentrennung in Parks und in Freizeiteinrichtungen); *Shuttlesworth v. City of Birmingham, Ala.*, 394 US 147 (1969) (Festnahme friedlicher Demonstranten verstösst nicht gegen das öffentliche Versammlungsrecht).

⁶¹ PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 13, mit Verweis auf JAENICKE, S. 8ff.

⁶² Zur Entstehungsgeschichte der völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote siehe die umfassende Studie von ERMA-CORA aus dem Jahre 1971.

⁶³ Vgl. insbesondere die acht Menschenrechtskernübereinkommen.

⁶⁴ Siehe vorne, a.a.O.

Da der Ermessensspielraum der Staaten betreffend die Umsetzung der Diskriminierungsverbote relativ gross ist, wurde die Umsetzung in den einzelnen Staaten auch unterschiedlich wahrgenommen. Dies hängt massgeblich mit den politischen, kulturellen und ökonomischen Umständen eines Landes zusammen. Zwar enthalten die meisten nationalen Verfassungen auch Diskriminierungsverbote⁶⁵, die jedoch in erster Linie auf das Verbot staatlicher Diskriminierung beschränkt sind und sich erst mit der Zeit auch hinsichtlich der Normierung privater Diskriminierung konkretisierten⁶⁶ und damit auch für die Integrationspolitik von zentraler Bedeutung werden.

d. Zweite Hälfte des 20. Jh. : Dynamisierung und Ausbreitung des staatlichen Schutzes gegen Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten

Mit dem *Civil Rights Act von 1964* und dem *Age Discrimination Employment Act von 1967* (ADEA) fanden erstmals gewichtige Antidiskriminierungsgesetze Einzug in das positive Recht eines Nationalstaates, mit dem der Schutz vor Diskriminierung auf das Arbeitsrecht ausgedehnt wurde⁶⁷. Das positive Arbeitsrecht bildete folglich auch für europäische Vorreiterstaaten (wie z.B. Grossbritannien und die Niederlande) das erste zentrale Feld, in dem sich der grund- und menschenrechtlichen Schutz vor Diskriminierung ins Privatrecht ausdehnte. Dabei stand der Gedanke im Zentrum, dass Arbeit auf eine besonders existenzielle Art und Weise zentral für das Leben und es daher gerade hier dringend notwendig ist, vor Marktversagen zu schützen, die den Menschen eben nicht nur in der Würde sondern auch seiner Existenz treffen.

Eine – mit Ausnahme der USA⁶⁸ – vergleichsweise noch jüngere Entwicklung ist die Einführung und Entwicklung von weder dem arbeits- noch dem Wettbewerbsrecht zuzurechnenden privatrechtlichen Diskriminierungsverboten⁶⁹. In der Periode zwischen der Entwicklung der menschenrechtlichen Übereinkommen bis zur Einführung der EG-Antidiskriminierungsrichtlinien gab es vorwiegend in Grossbritanni-

⁶⁵ Siehe dazu etwa WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 19ff., 110. NOLTE, S. 233ff., insbes. 239-241, konstatiert aufgrund seiner Analyse nationaler Verfassungstexte eine Bewegung von allgemeinen Gleichheitsgeboten zu besonderen Diskriminierungsverboten. Zu dem Deutschen Recht siehe etwa MICHAEL SACHS, Die Merkmale der verfassungsgesetzlichen Unterscheidungsverbote in Deutschland vom Ende des alten Reiches zum Grundgesetz, Der Staat 1984, S. 549ff.

⁶⁶ Siehe weiter hinten.

⁶⁷ Vgl. dazu auch HAHN, Altersdiskriminierung, S. 65; WIEDAMANN/ THÜSING, NZA 2002, S. 1234; LÜDERITZ, Altersdiskriminierung durch Altersgrenzen, S. 36; SPRENGER, Verbot der Altersdiskriminierung; OPPENHEIMER, S. 27.

⁶⁸ Hier wurde bereits mit Einführung des Civil Rights Act von 1964 ein Gesetz gegen Diskriminierung aufgrund der « Rasse », der Hautfarbe, der Religion oder der ethnischen Herkunft durch öffentliche oder private Einrichtungen beim Zugang zu öffentlichen Einrichtungen (wie Hotels, Restaurants oder Theater) für illegal erklärt. Vgl. hierzu auch OPPENHEIMER, S. 27f.

⁶⁹ MARTIN SCHMIDT-KESSEL, in: Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 57.

en, Nordirland⁷⁰ und in den Niederlanden⁷¹ spezifische Gesetze, die vor Diskriminierung zwischen Privaten beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen Schutz gewährleisteten. Zwar verfügen einige Rechtsordnungen schon seit langer Zeit für bestimmte Verträge über Kontrahierungszwänge – etwa in Grossbritannien mit dem Institut des *common calling*⁷² oder in Frankreich mit dem Verbot des *refus de vente*⁷³ –, welche auch gegen diskriminierende Vertragsschlussverweigerungen quasi-monopolistischer Unternehmen genutzt werden konnten⁷⁴. Vorreiterinnen einer gezielten Antidiskriminierungsgesetzgebung hingegen sind in Europa erst das Vereinigte Königreich und Norwegen in den Siebzigerjahren sowie Finnland, dessen Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern aus dem Jahre 1986 sowie die Niederlande mit dem 1994 in Kraft getretenen *Algemeen Wet Gelijke Behandeling*.

Mit Ausnahme der nordischen Rechtsordnungen Dänemarks, Finnlands und Norwegens, erfasst diese Entwicklung vor Inkrafttreten der EG-Antidiskriminierungsrichtlinien nicht sämtliche Bereiche des Vertrags- oder gar des Privatrechts. In der Regel wird die Anwendung der Diskriminierungsverbote auf professionell tätige Personen beschränkt, was insbesondere – wenn auch nicht umfassend – auch den kommerziellen und kulturellen Dienstleistungsbereich einschliesst⁷⁵ bzw. auf Angebote an die Öffentlichkeit beschränkt ist. Offen blieb dabei die Behandlung der Wohnraummiete sowie von Grundstücksgeschäften, die von Waren und Dienstleistungen in der Regel nicht erfasst wurden⁷⁶. Teilweise wurden sie gar in der Antidiskriminierungsgesetzgebung ausdrücklich angesprochen⁷⁷.

Besonders bemerkenswert an der Ausdehnung des Schutzes vor Diskriminierung ist die Vielfalt der Regulierungsansätze, die sich eng entlang der jeweiligen Traditionen und Kulturen der einzelnen Staaten orientieren. Während etwa Frankreich eine strafrechtliche Tradition aufweist, orientieren sich andere Staaten eher am Privatrecht. Bestimmte Länder nutzen auch ordnungsrechtliche und strukturelle Ansätze des Verwaltungsrechts. Diese zielen einerseits darauf ab, mittels aufsichtsrechtlicher Sanktionen privates Handeln repressiv zu regulieren. Andererseits sollen auch subventionsrechtliche Anreize gesetzt

⁷⁰ Für eine ausführliche Darstellung der gesetzlichen Regelungen in Grossbritannien BOURN/WHITMORE, *Anti-Discrimination Law in Britain*, 3rd ed. 1996.

⁷¹ Für eine Darstellung der niederländischen Regelungen s. RODRIGUES, *Anders Neits*, 1997.

⁷² Schmidt-Kessel, S. 65.

⁷³ Civ. 3e 30.4.1997, D. 1997, S. 475 ; KLINGENFUSS, *Der Kontrahierungszwang im deutschen und französischen Zivilrecht*, 2004, S. 122f.

⁷⁴ Vgl. hierzu auch weiter hinten die Ausführungen zum Grundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens.

⁷⁵ Vgl. etwa Irland s. 5 ESA 2000, Niederlande Art. 7 AWGB, Belgien Art. 2 IV Gesetz vom 25.2.2003.

⁷⁶ SCHMIDT-KESSEL, *Sachenrecht im Gemeinschaftsrecht*, in: Dajczak/Knothe (Hrsg.), *Deutsches Sachenrecht in polnischer Gerichtspraxis*, 2005, S. 341, 345f.

⁷⁷ Österreich § 30 Nr. 4 GIBG, Vereinigtes Königreich s. 29(2) SDA 1975, s. 20(2) RRA 1976, 19(2) DDA 1995.

werden. Schliesslich findet der Diskriminierungsschutz vermehrt auch im Rahmen der Delegation staatlicher Aufgaben und der Vergabe von Leistungsverträgen Einzug in das Recht⁷⁸.

- e. Ende 20. Jh. : Trias des Antidiskriminierungsrechts: Diskriminierungsverbote – Institutionen – Fördermassnahmen

Nationalstaatliche Vorreiterinnen des Antidiskriminierungsrechts sind – wie bereits erwähnt – die Vereinigten Staaten von Amerika und Grossbritannien⁷⁹. Dies hängt massgeblich mit ihrem multikulturellen Staatsbürgerschaftsmodell einerseits und der liberalen Staatsauffassung andererseits zusammen. Antidiskriminierungsrecht wird erstens als selbstverständliches Bürgerrecht aller Bürger_innen anerkannt, das es sich nicht über assimilatorische Bemühungen der « Fremden » und « Zugewanderten » zu verdienen gilt, sondern das Bürger_innen- bzw. Bewohner_innenrecht ist. Zugleich gilt Antidiskriminierungsrecht zweitens als verfassungsliberales « Gegenmodell » zum eher sozialstaatlich orientierten Kontinentaleuropa. Demnach werden Diskriminierungsverbote nicht als Teil des Sozialstaates betrachtet, der im Nachhinein durch die Maschen « hindurchgefallene » Menschen fürsorglicher unterstützt. Vielmehr bezwecken Diskriminierungsverbote nach dem angelsächsischen Modell, Menschen zu ermächtigen, sich autonom gegen Diskriminierung zur Wehr zu setzen, damit sie gerade nicht in das sozialstaatliche Netz fallen (Diskriminierungsverbote als 2. Generation des angelsächsischen Antidiskriminierungsrechts).

Daher ist es auch nicht erstaunlich, dass die Entwicklungen im angelsächsischen Raum zügiger eingeleitet wurden und vorwärts gingen und weniger von politisch-ideologischen Auseinandersetzungen belastet waren, sondern weitestgehend von einer sachlichen Debatte über das « Wie » geleitet wurde, bzw. die Antwort auf das « Ob » rascher als rechtsstaatlicher Konsens gefunden war. Nachdem in den 60er-Jahren Diskriminierungsverbote gegenüber dem Staat und den privaten, Handel betreibenden Organisationen im Fokus standen, wurde festgestellt, dass dies nicht genügte, und Institutionen gefördert, welche die Durchsetzung der Diskriminierungsverbote über Sensibilisierungs- und Präventionsmassnahmen unterstützten (Institutionen als 1. Generation des angelsächsischen Antidiskriminierungsrechts). Zwar führte dies zu bedeutenden Verbesserungen, hingegen wurde bereits in den 60er-Jahren erkannt, dass eine dritte Generation diskriminierungsschutzrechtlicher Massnahmen eingeleitet werden muss, namentlich die Schaffung von Fördermassnahmen, welche die tatsächliche Chancengleichheit und nicht nur die formelle Gleichheit vor dem Recht zu Ziele hatten.

- f. Jahrtausendwende : Nivellierung nach oben und gegenseitigen nationalstaatliche Beeinflussung über das Europäische Gemeinschaftsrecht

⁷⁸ Zum Ganzen siehe BENECKE, Rechtsvergleich.

⁷⁹ Siehe vorne, a.a.O.

Die rhapsodischen Entwicklungen in den verschiedenen Europäischen Staaten, die erhöhte Sensibilität für die Bedeutung der Menschenrechte und der Grundrechte zwischen Privaten und die damit einhergehenden Ausdifferenzierung der Dogmatik⁸⁰ führten dazu, dass die Europäische Gemeinschaft (heute: Europäische Union) den Diskriminierungsschutz zwischen Privaten verstärken und insbesondere einheitliche Minimalstandards entwickeln wollte. Zentrale Impulsgeberin war dabei die Europäische Kommission und die Europäische Zivilgesellschaft, anfänglich im Bereiche der Bekämpfung der Geschlechterdiskriminierung, danach seit Mitte 80er-Jahre im Feld des Antirassismus⁸¹. Das in den europäischen Gründungsverträgen – den sogenannten Römischen Verträgen – und ihren späteren Abänderungen enthaltene Primärrecht sah lange Zeit keine speziellen Regelungen betreffend die Diskriminierung beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (inkl. Bildung und Wohnraum) vor. Bis Ende der 90er-Jahre umfassten der EGV einzig den arbeitsrechtlichen Grundsatz des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit in Art. 119 EGV (jetzt: Art. 141 EG), der durch etliche sekundärrechtliche Massnahmen ergänzt und erweitert wurde⁸². Mit diesem wurden aber noch keine sozialpolitischen sondern wirtschaftliche Ziele verfolgt: Mitgliedstaaten, die bereits vergleichbare nationale Regelungen implementiert hatten, sollten mit der gemeinschaftsweiten Ausdehnung des Verbots vor Wettbewerbsnachteilen gegenüber solchen Mitgliedstaaten geschützt werden, die eine geringere Vergütung für weibliche Arbeitnehmenden gewähren liessen⁸³.

Initialzündung des Anti-Diskriminierungsrechts im Bereich der Güter, Dienstleistungen und Wohnraum sowie in anderen Bereichen wie Bildung und Soziale Sicherheit sind die Bemühungen der Gemeinschaft im Kampf gegen Fremdenfeindlichkeit⁸⁴. Unter anderem durch das Lobbying der sog. Starting Line Gruppe, einer Koalition von beinahe 300 Organisationen aller Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet, wurde die Regelung des Art. 13 EG durch den Amsterdamer Vertrag in den EG-Vertrag aufgenommen⁸⁵. Diese primärrechtliche Ermächtigungsnorm ermöglicht dem Rat, « geeignete Vorkehrungen [zu] treffen, um

⁸⁰ Vgl. dazu etwa die Lehre der Drittwirkung der Grundrechte in Deutschland und der Schweiz sowie die menschenrechtliche Schutzpflichtendogmatik. Siehe hierzu auch weiter hinten.

⁸¹ Vgl. dazu die Nachzeichnung der Geschichte der Bekämpfung der Rassendiskriminierung in HOWARD, Race Directive, S. 8ff.

⁸² Siehe z.B. RL 75/117/EWG v. 10.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen, ABl. Nr. L 45 v. 19.02.1975, S. 19; Richtlinie 76/207/EWG v. 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. Nr. L 39 v. 14.02.1976, S. 40.

⁸³ LEDER, S. 34; COLNERIC, BB 1988, S. 968; SCHLACHTER, NZA 1995, S. 393. Der EuGH sprach dieser Bestimmung allerdings frühzeitig neben ihrer wirtschaftlichen auch eine soziale Zweckbestimmung z, EuGH, Urt. v. 8.4.1976 – Rs. 43-75, SIG. 1976, 455, Rz. 11 (Defrenne).

⁸⁴ Ausführungen hierzu BELL/WADDINGTON, 25 ILJ 320, S. 321ff. (1996) und JOCHUM, ZRP 1999, S. 279.

⁸⁵ BELL, 6 MJ 5, 6-7 (1999); HOWARD, Race Directive, S. 10ff.; DUMMETT 1994.

Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechtes, der ‚Rasse‘, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen »⁸⁶. Nun wissend, dass staatliche Ungleichbehandlungen bereits auf mitgliedstaatlicher Ebene umfassenden Regulationen unterworfen sind, strebte die Starting-Line-Gruppe eine Verbesserung des Diskriminierungsschutzes im gesellschaftlichen Bereich auch auf sekundärrechtlicher Ebene an⁸⁷.

Im Juni 2000 – also bereits nach sehr kurzer Zeit⁸⁸, beeinflusst durch die Wahlen in Österreich⁸⁹ und die Antirassismuskonferenz in Durban 2001⁹⁰ – verabschiedete die Europäische Kommission auf der Basis von Art. 13 EGV die Richtlinie 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft⁹¹. Der Geltungsbereich der Richtlinie erstreckt sich neben den Bereichen Beschäftigung, Beruf und Berufsausbildung, Sozialschutz, Gesundheitswesen, allgemeine Bildung auch auf den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschliesslich Wohnraum⁹². Die Richtlinie umfasst neben einem Verbot der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung (Art. 2) die Verpflichtung zur Schaffung wirksamer, abschreckender und verhältnismässiger Sanktionen (Art. 15) und Stärkung der Rechtsdurchsetzung mittels effektiven Rechtsbehelfen (Art. 7) und einer Beweislastleichterung (Art. 8). Weiter bezeichnet jeder Mitgliedstaat eine oder mehrere Stellen, deren Aufgabe darin besteht, die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Personen ohne Diskriminierung aufgrund der « Rasse » oder der ethnischen Herkunft zu fördern. Somit schaffte die EU sowohl auf der Ebene Rechtsschutz als auch auf institutioneller Ebene europäische Minimalstandards, die mittlerweile alle EU-Staaten nach Ablauf der Frist im 2003 mit Abstrichen ins Landesrecht umgesetzt haben.

Im Juli 2008 unterbreitete die Kommission der Europäischen Gemeinschaften einen Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung⁹³. Ziel ist es – nach ersten positiven Erfahrungen mit den bisherigen Antidiskriminierungsrichtlinien – die Ausweitung des Grundsatzes der Gleichbehandlung für die Merkmale Alter, Religion oder Weltanschauung, der sexuellen

⁸⁶ Zur Tragweite der Kompetenznorm siehe ALLEN 1999, Rz. 4 ; BELL 2000, S. 88ff. ; CHOPIN 1999, S. 120f. ; WADDINGTON 1999, S. 136f. ; GUILD 2000b; NIESSEN 1998, S. 21f.

⁸⁷ STORK, Anti-Diskriminierungsrecht, S. 16ff.; HOWARD, Race Directive, S. 20ff.;

⁸⁸ TYSON 2001, S. 201 ; MORAES 2000 ; HOWARD, Race Directive, S. 22.

⁸⁹ BARNARD 2001, S. 966f. ; BELL 2002a, S. 74 ; GOLDSTON 2001, S. 127.

⁹⁰ HOWARD, Race Directive, S. 23.

⁹¹ Abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:180:0022:0026:de:PDF> (Zugriff: 20. Mai 2010).

⁹² Art. 3.

⁹³ KOM(2008) 426. Vgl. dazu HOWARD, Race Directive, S. 31.

Ausrichtung oder einer Behinderung auch auf die Bereiche Sozialschutz, Gesundheitswesen, allgemeine Bildung und Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen⁹⁴. Den Vorschlag begründet die Kommission unter Bezugnahme auf eine breit abgestützte Anhörung bei der Geschäftswelt, den Sozialpartnern sowie europaweit auf dem Gebiet der Nichtdiskriminierung tätiger nicht-staatlicher Organisationen sowie auf den Bericht über die Folgenabschätzung⁹⁵. Im Bericht wurde unter anderem festgehalten, dass eine Richtlinie für mehrere Diskriminierungsgründe ein geeignetes Mittel wäre, die im Bericht einschlägig formulierten Ziele zu erreichen: mehr Schutz vor Diskriminierung, Gewährleistung von Rechtssicherheit für Wirtschaftsakteure und potenzielle Opfer in allen Mitgliedstaaten, Verbesserung der sozialen Eingliederung und Förderung der vollständigen Teilhabe aller Gruppen an der Gesellschaft und der Wirtschaft⁹⁶.

Am derzeitigen dynamischen Gesetzgebungsprozess bemerkenswert ist neben einer europäischen Nivellierung des Antidiskriminierungsrechts gegen oben in Richtung eines horizontalen Diskriminierungsschutzes⁹⁷ die beachtliche Zunahme der Intensität gegenseitiger Befruchtung der verschiedenen nationalstaatlichen Rechtsordnungen. Die insbesondere seit der 2000er-Richtlinie dynamischer geführte Diskussion über die Rechtsetzung und die Umsetzung der neuen rechtlichen Standards stärkt die Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Regulierungsansätzen über die Landesgrenzen hinweg und aktiviert insgesamt eine integrative Verwebung der jeweiligen Rechtskulturen und legislatischen Ansätze im Antidiskriminierungsrecht⁹⁸. So zeigt sich beispielsweise eine innovative Diskussion in der rechtswissenschaftlichen Literatur⁹⁹ und eine Auseinandersetzung in der Rechtsetzung traditionell privatrechtlicher Staaten wie Deutschland ab, etwa auch atypische ordnungsrechtliche und strukturelle Ansätze der angelsächsischen Rechtstradition ins nationale Recht zu übernehmen¹⁰⁰. Ebenso – dies als weiteres Beispiel – weichen sich hartnäckige Widerstände des Französischen Privatrechts(stabes) und des Gesetzgebers ge-

⁹⁴ KOM(2008) 426, 3; vgl. auch Art. 3 (Geltungsbereich) des Richtlinienvorschlages.

⁹⁵ http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/org/imass_de.htm (Zugriff: 20. Mai 2010).

⁹⁶ KOM(2008) 426, S. 5f.

⁹⁷ Vgl. hierzu NAGUIB, Antidiskriminierungsrecht im Vergleich. Erfasst werden verschiedene Diskriminierungsdimensionen (Alter, sexuelle Identität, Religion, Ethnie, Geschlecht, « Rasse ») und Lebensbereiche (Erwerbsleben, Güter und Dienstleistungen, Wohnen, Bildung, soziale Sicherheit). Unzulässig sind neben der direkten und indirekten Diskriminierung auch das Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen und die assoziierte Diskriminierung (siehe hierzu vorne).

⁹⁸ Für eine vertiefte Auseinandersetzung mit der verwobenen Beeinflussung des Rechts der EU-Staaten siehe die Ausgaben der Europäischen Zeitschrift zum Antidiskriminierungsrecht, auffindbar unter: <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=0&advSearchKey=lawrev&mode=advancedSubmit&langId=de> (Zugriff: 15. März 2011).

⁹⁹ Für eine Übersicht siehe PÄRLI, Gleichbehandlung.

¹⁰⁰ Vgl. hierzu z.B. die verschiedenen Rechtsgutachten zum Subventions- und Ordnungsrecht der Landesstelle gegen Diskriminierung und für Chancengleichheit Berlin LADS Berlin, auffindbar unter: <http://www.berlin.de/lb/ads/studien/index.html> (Zugriff: 15. April 2011).

genüber einer privatrechtlichen Regulierung bzw. Anwendung des Diskriminierungsschutzes auf. Insgesamt geht mit dem *gemeinschaftsrechtlichen Ausbau des Antidiskriminierungsrecht top down* auch ein *nationalstaatlicher Prozess der Befruchtung und Klärung bottom up* einher.

g. Ausblick

Die derzeitige politische und wissenschaftliche Diskussion über die Bedeutung und den Ausbau des Antidiskriminierungsrechts auf europäischer Ebene verläuft keineswegs harmonisch. Auf der einen Seite finden sich die Vertreter_innen eines umfassenden und horizontalen Antidiskriminierungsrechts, die darauf pochen, den geltenden Standard noch weiter auszubauen. Die angeführten Argumente lauten: Menschenwürde, Gleichstellung, Universalisierung der Privatautonomie und Stärkung der gesellschaftlichen Solidarität und Inklusion über gleichwertige Partizipation. Demgegenüber stehen auf der anderen Seite die Gegner_innen, die regelmässig die Argumente der Einschränkung der Privatautonomie, der Schwächung der Wirtschaft und des unnötigen Ausbaus der Bürokratie vorbringen. Dazwischen und daneben finden sich unterschiedliche Positionen, die zwar den Schutz vor Diskriminierung für zentral erachten, jedoch davor warnen, in einen zu starken Gruppismus und Essentialismus zu verfallen und so kontraproduktiv zu agieren¹⁰¹. Erwähnenswert sind weiter diejenigen rechtswissenschaftlichen¹⁰², politischen¹⁰³, umsetzungspraktischen Stimmen, die zu vermeiden suchen, das geltende Recht mit weiterem, gesetzgeberischem Ballast zu befrachten, und stattdessen vorschlagen, das Potential des geltenden Rechts effektiv auszuschöpfen¹⁰⁴.

Wie sich die Diskussion weiterentwickeln und welche Position sich durchsetzen wird, kann an dieser Stelle kaum prognostiziert werden – was auch nicht notwendig ist, da Prognosen für eine sachliche Debatte in der Regel eher schädlich sind. Hingegen kann beobachtet werden, dass die Befürworter_innen sowohl auf deskriptiv-analytischer als auch auf normativ-rechtspolitischer Ebene verstärkt an Gewicht gewinnen. Auf der anderen Seite hat die Gegnerschaft bis anhin keine vergleichsweise gleich gewichtige bzw. glaubwürdige Gegenargumentation aufgebaut¹⁰⁵. Insbesondere die empirischen Argumente sprechen tendenziell für die Argumente der Befürworter_innen und gegen diejenigen der Gegner_innen. Einerseits zeigt sich, dass sich ein wirksamer und gerechter Schutz vor Diskriminierung – sofern er denn gewollt ist

¹⁰¹ BAER, Postkategorialität ; NAGUIB, Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘ (im Erscheinen).

¹⁰² ARNET, Kontrahierungszwang.

¹⁰³ Vgl. hierzu etwa die verschiedenen spezialisierten Verwaltungsstellen des Bundes, die jedoch vermutlich wohl den politisch realistischen Weg aus taktischen Gründen beschreiten möchten – letztlich auch hier jedoch mit dem strategischen Ziel des Ausbaus des Rechts. Insbesondere die im Antidiskriminierungsrecht aktiven Verwaltungsstellen versuchen in derzeitiger personeller Zusammensetzung verstärkt auch den rechtlichen Diskriminierungsschutz zu fördern.

¹⁰⁴ Vgl. hierzu etwa ARNET, Kontrahierungszwang.

¹⁰⁵ Dies lässt sich sowohl in der politischen Debatte als auch in der Anzahl der wissenschaftlichen Publikationen ablesen.

– über ausgebauten Antidiskriminierungsgesetze besser realisieren lässt als ohne diese Gesetze¹⁰⁶. Andererseits widerlegen empirische Daten regelmässig die Behauptungen, Antidiskriminierungsgesetze würde die Klageflut, die Berufsklägerschaft und bürokratische Kosten begünstigen¹⁰⁷.

Die rechtspolitische Tendenz geht daher trotz menschenrechtlicher Verhärtung des politischen Diskurses langfristig betrachtet wohl vermehrt in Richtung eines Ausbaus oder einer Konsolidierung des Bestehenden als in einen Ausbaustopp bzw. Abbau. Diskutiert wird möglicherweise in nächster Zukunft weniger über das « Ob » als vielmehr über das « Wie », wobei hier insbesondere die Frage im Zentrum stehen wird, wie sich Antidiskriminierungsrecht wirkungsvoll ausgestalten lässt ohne dabei Stereotypen zu zementieren. Seitens radikaler Befürworter_innen des Antidiskriminierungsrechts kritisiert wird insbesondere die Tendenz, dass das positive Antidiskriminierungsrecht noch zu stark in Kategorien denkt, was dazu führen kann, dass etwa positive Massnahmen kontraproduktive Wirkung zeitigen oder das Antidiskriminierungsrecht in der Praxis letztlich in die eigenen essentialistischen Fallen tappt und Diskriminierungen dadurch verhärtet¹⁰⁸. So entscheidet sich die Debatte möglicherweise über die Kernfrage, wie sie etwa SUSANNE BAER formuliert: « Wie gelingt es, Menschen ‚positiv‘ zu adressieren, ohne das Negative damit immer wieder festzuschreiben? »¹⁰⁹.

2. Schweizerische Entwicklungen

a. Verfassungsrechtliche Entwicklungen

In der Bundesverfassung von 1848 wurde in Art. 4 Satz 1 die Garantie der Rechtsgleichheit verankert. Im Vordergrund standen die Anliegen der politischen Gleichheit, der Gleichbehandlung bei der Niederlassung sowie die Gleichheit der Konfessionen¹¹⁰. Artikel 4 Satz 2 der Verfassung von 1848 verbot zudem als besondere Gleichheitssätze Untertanenverhältnisse und Vorrechte des Orts, der Geburt, der Familien oder Personen¹¹¹. Erste Ansätze eines schweizerischen Verbots der Diskriminierung finden sich erstmals 1946 in der bundesgerichtlichen Praxis im Zusammenhang mit der Judenverfolgung im Dritten Reich¹¹² sowie in der Rechtsprechung der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts, ohne dass sie allerdings systematisch

¹⁰⁶ Vgl. hierzu etwa KLOSE, Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht?; NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht; PÄRLI, Gleichbehandlung.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu etwa ROTTLEUTHNER/MAHLMANN, Diskriminierung in Deutschland.

¹⁰⁸ LIEBSCHER, Postkategorialität; NAGUIB, Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘; ...; BAER, Postkategorialität.

¹⁰⁹ BAER, postkategoriales Antidiskriminierungsrecht.

¹¹⁰ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 138.

¹¹¹ Dazu BURCKHARDT, Kommentar BV, 24 m.w.H. in Fn. 1.

¹¹² BGE 72 I 407 E4; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 682.

entwickelt und zu einem spezifischen grundrechtlichen Schutz verdichtet worden wären¹¹³. Erst die Ergänzung des damaligen Artikels 4 durch einen zweiten Absatz im Jahr 1981, der spezifisch die Gleichstellung von Mann und Frau garantierte, nahm auf konzeptioneller Ebene einen Aspekt der Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Diskriminierungsschutz auf¹¹⁴. Die anschliessenden Entwicklungen in der Praxis flossen 1999 in die total revidierte Bundesverfassung ein, in der erstmals ein spezifisches und umfassendes Verbot der Diskriminierung verankert wurde. Diese Bestimmung wendet sich jedoch mangels Bedeutung nicht mehr gegen Untertanenverhältnisse oder Vorrechte gewisser Familien, sondern im Vordergrund stehen Bevölkerungsgruppen wie Juden, Fahrende, Menschen nicht weisser Hautfarbe, Frauen, Homosexuelle oder Menschen mit Behinderung¹¹⁵.

b. Ausbau des gesetzlichen Schutzes vor Diskriminierung zwischen Privaten

Neben der vom Bundesgericht über längere Zeit hinweg entwickelten Praxis zum Gleichheitsrecht und der ausdrücklichen Verankerung verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote durch den schweizerischen Gesetzes- beziehungsweise Verfassungsgeber, wurde das Recht ab Mitte der 90er-Jahre verstärkt Instrument zur Bekämpfung von Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten¹¹⁶. Die von Deutschland übernommene Drittwirkungslehre, die menschenrechtliche Entwicklung der Schutzpflichtendogmatik sowie insbesondere die politischen Bestrebungen aufgrund sozialer Diskriminierungsrealitäten bewirkten in den 90er-Jahren sowie nach der Jahrtausendwende den Erlass von Gesetzen, die auch Schutz vor Diskriminierung zwischen Privaten gewährleisten sollten. Dazu gehören das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung (Diskriminierung wegen der Rasse, Ethnie und Religion), das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 und das Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002¹¹⁷. Interessant sind zudem vereinzelt Ansätze im Ordnungsrecht wie z.B. die Verknüpfung von Subventionszahlungen an private Kinderkrippen mit einer Nichtdiskriminierungsklausel als Auflage¹¹⁸, die im Rahmen von Bewilligungsverfahren zum Aushang privater Plakate auf öffentlichen Grund vorgenommen Prüfungen auf diskriminierende Inhalte und das öffentliche Beschaffungswesen im Bereich der Geschlechtergleichstellung.

¹¹³ Vgl. hierzu etwa BGE 99 Ia 561 E3a S. 565; 99 V 19 E3 S. 22; 103 Ia 517 E1b S. 518; 103 Ib 23 E2 S. 25; 106 Ib 182 E4 S. 188f.

¹¹⁴ Zur Entwicklung und Tragweite von Art. 4 BV siehe die Botschaft des Bundesrates vom 14. November 1979 über die Volksinitiative « Gleiche Rechte für Mann und Frau », BBl 1979 I 69, 118ff.

¹¹⁵ MÜLLER/SCHÉFER, Grundrechte, S. 683.

¹¹⁶ Vgl. hierzu PÄRLI, Gleichbehandlung; NAGUIB/ZANNOL, Rassendiskriminierung.

¹¹⁷ Das internationale Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung wurde vom Bundesrat zwar bereits 1982 unterzeichnet. Dieser Entscheid war jedoch nicht innenpolitisch motiviert, sondern stand eng mit aussenpolitischen Absichten in Zusammenhang.

¹¹⁸ Siehe hierzu hinten.

c. Abbau staatlicher Diskriminierungen

Ein weiterer wesentlicher Teil des schweizerischen Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht ist der noch nicht abgeschlossene Abbau staatlicher Diskriminierungen. So wurde etwa erst 1971 auf Bundesebene das Frauenstimmrecht und als letzter Kanton 1990 im Kanton Appenzell Innerrhoden – erzwungen über einen Bundesgerichtsentscheid¹¹⁹ – eingeführt. Als weiteres Beispiel zu erwähnen ist die Einführung des Partnerschaftsgesetzes, das 2007 in Kraft getreten ist und mit dem sich gleichgeschlechtliche Paare als eingetragene Partnerschaft registrieren können¹²⁰. Zur Adoption und zu fortpflanzungsmedizinischen Verfahren sind sie hingegen noch immer nicht zugelassen¹²¹.

d. Spezifische gesetzgeberische Entwicklungen im Bereich der Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung¹²²

aa. Diskriminierungsverbote

Nachdem es von 1989-1992 zu zahlreichen dramatischen Übergriffen auf Unterkünfte von Asylsuchenden gekommen war, strebte der Bundesrat die Ratifizierung des Internationalen Übereinkommens vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (Rassendiskriminierungsübereinkommen, RDÜ) und die Schaffung einer Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Artikel 261^{bis} Strafgesetzbuch, StGB¹²³, Art. 171c Militärstrafgesetz, MStG¹²⁴) an¹²⁵. Die Mehrheit im Parlament unterstützte die Einführung einer Strafbestimmung¹²⁶. Zwar kam es teilweise zu heftiger Kritik von rechter Seite, die aber letztlich erfolglos war. Aus rechtswissenschaftlichen Kreisen wurden vereinzelt die auf die Praxis zukommenden Schwierigkeiten problematisiert¹²⁷.

1999 verankerte der Gesetzgeber zusätzlich zur Strafnorm in der total revidierten Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV¹²⁸) Verbote der Diskriminierung, namentlich aufgrund der Herkunft, der Rasse,

¹¹⁹ BGE 116 Ia 359.

¹²⁰ SR 211.231.

¹²¹ Siehe Art. 28 PartG.

¹²² Dieser Teil wurde integral aus dem Bericht EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung, übernommen.

¹²³ SR 311.0.

¹²⁴ SR 321.0.

¹²⁵ Siehe hierzu NAGUIB/ZANNOL, Rassendiskriminierung.

¹²⁶ Siehe Zusammenfassung der Entstehungsgeschichte von SIGI FEIGEL, Zur Entstehungsgeschichte der Antirassismusstrafnorm: Einleitende Bemerkungen, in: NIGGLI, Rassendiskriminierung, XXVIIff.

¹²⁷ Siehe z.B. KUNZ (Rassendiskriminierung), S. 159ff. und RIKLIN, Rassendiskriminierung, S. 36.

¹²⁸ SR 101.

des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung¹²⁹. Die Aufzählung der Merkmale ist nicht abschliessend, vielmehr wollte der Verfassungsgeber sicherstellen, dass Menschen optimalen Schutz vor herabwürdigender staatlicher Benachteiligung aufgrund sensibler Persönlichkeitsmerkmale erhalten. Auch werden die staatlichen Behörden verpflichtet, diesen Schutz im Verhältnis zwischen Privaten zu gewährleisten¹³⁰.

Seit Inkrafttreten des strafrechtlichen Rassendiskriminierungsverbots wurde dieses immer wieder scharf kritisiert. Es kam zu zahlreichen Medienberichten. Insgesamt sind im eidgenössischen Parlament acht Abschaffungs- und Beschränkungsvorstöße eingereicht worden¹³¹. Es gab gar den Versuch einer Volksinitiative zur Streichung der Strafnorm. Die Argumente¹³² lauteten: der Strafnorm fehle es an Bestimmtheit, dies führe zu Unsicherheiten vor Gerichten, sie biete Hand zu politischen Spielereien, verletze die Meinungsäusserungsfreiheit, stelle einen Eingriff in die Privatsphäre des Einzelnen dar, könne Rassismus nicht verhindern und sei eine politische Norm¹³³. Die Diskussion intensivierte sich ab 2004. Ende 2007 legte der damalige Bundesrat Christoph Blocher der Bundesregierung erfolglos den Antrag zur Einschränkung des Tatbestandes der Genozidleugnung vor.

Die Seite Befürworter_innen war insgesamt mit der Umsetzung der Strafnorm zufrieden: Die Praxis der Gerichte sei ausgewogen, die von rassistischer Diskriminierung Betroffenen könnten sich gegen rassistische Herabsetzung und Diffamierung zur Wehr setzen, die schwerwiegendsten Formen des öffentlichen Rassismus (wie z.B. Revisionismus und systematische Hetze) würden erheblich weniger beobachtet, die Norm löse eine heilende Debatte über den Rassismus aus, sie setze ein Zeichen der Anerkennung der Rassismuspfer. In den ersten gut zehn Jahren gab es zahlreiche Rechtsverfahren. Die EKR hat Kenntnis von insgesamt 448 Fällen, die zwischen 1995 und 2008 von den zuständigen Behörden untersucht wurden – schätzungsweise werden ca. 10% der Entscheide nicht dokumentiert. In knapp der Hälfte der Fälle ist das Strafverfahren nach einer summarischen Überprüfung nicht eröffnet bzw. eingestellt worden. In den

¹²⁹ Art. 8 Abs. 2 BV.

¹³⁰ Art. 35 Abs. 3 BV.

¹³¹ Motion GUSSET vom 19. Juni 1997 (97.3327 « Rassismusartikel. Revision »); Motion SCHERRER vom 21. April 1999 (99.3169 « Aufhebung des Rassismusgesetzes »); Motion HESS vom 8. Oktober 2004 (04.3607 « Aufhebung der Rassismusstrafnorm »); Motion GERMANN vom 17. Dezember 2004 (04.3812 « Ergänzung des Rassismusartikels »); Motion FRAKTION DER SCHWEIZERISCHEN VOLKSPARTEI vom 28. Februar 2005 (05.3013 « Streichung des Rassismusartikels »); Petition CHAMPOD vom 17. Mai 2006 (06.2002 « Aufhebung von Artikel 261^{bis} StGB »); Parlamentarische Initiative HESS vom 6. Oktober 2006 (06.472 « Aufhebung der Rassismusstrafnorm »), Interpellation HESS vom 23. März 2007 (07.3220 « Abschaffung des Antirassismusgesetzes. Abklärung der Gültigkeit einer Volksinitiative »).

¹³² Eidgenössische Volksinitiative « Für freie Meinungsäusserung – weg mit dem Maulkorb! », www.schweizerdemokraten.ch/Unterschriftenbogen_Initiative_ARG.pdf (Zugriff: 1. September 2010).

¹³³ Für eine Darstellung der Argumente siehe NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 91ff.

restlichen Verfahren sprachen die zuständigen Strafbehörden 83 Prozent der Angeschuldigten für schuldig¹³⁴.

Nachdem Bundespräsident Kaspar Villiger während seiner Rede an der 1. August-Feier 2001 von Rechtsextremen niedergeschrien wurde, erarbeitete die Bundesverwaltung mit Hilfe einer Expertengruppe Vorschläge zur Ergänzung des strafrechtlichen Verbots zur Rassendiskriminierung um einen Art. 261^{ter} E-StGB (Verbot von Symbolen mit rassendiskriminierender Bedeutung) und einen Art. 261^{quater} E-StGB (Verbot rassendiskriminierender Vereinigungen)¹³⁵. Am 31. Oktober 2009 – also acht Jahre (!) nach Einsetzen der Expertengruppe – lief die Frist zum Vernehmlassungsverfahren für ein strafrechtliches Verbot ab, welches die öffentliche Verwendung, Verbreitung, Herstellung, Lagerung sowie Ein- und Ausfuhr von rassistischen Symbolen unter Strafe stellen soll¹³⁶. Das Verbot von rassendiskriminierenden Vereinigungen scheint hingegen vorerst von der politischen Agenda verschwunden zu sein.

Die mit der revidierten Bundesverfassung auf das Jahr 2000 in Kraft getretenen verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote wurden insbesondere im Zusammenhang mit den zwei Bundesgerichtsurteilen¹³⁷ von 2003, welche die Einbürgerung an der Urne für verfassungswidrig erklärt hatten, kritisiert. Die Gegnerinnen und Gegner beklagten das Ende der Demokratie, fühlten sich bevormundet und befürchteten Masseneinbürgerungen. In der rechts-wissenschaftlichen Literatur kam es vereinzelt zu Kritik, das Bundesgericht habe hier in eine gewichtige staatspolitische Tradition eingegriffen. Bei der Einbürgerung handle es sich nicht um einen normalen Verwaltungsakt, sondern eine Mischung zwischen Verwaltungsakt und demokratischer Einzelfallanwendung. Die Befürworter sahen ihrerseits in der Praxis des Bundesgerichts die konsequente Anwendung der Grund- und Menschenrechte im Rahmen staatlicher Handlungen. Einzelne neuere Urteile des Bundesgerichts¹³⁸, in denen die Verweigerung der Einbürgerung aufgrund der Religion als diskriminierend bezeichnet wurde, führten jüngst wieder zu öffentlicher Kritik.

Seit 2004 wird auf politischer und administrativer Ebene vereinzelt die seitens verschiedener Menschenrechtsorganisationen und internationaler Menschenrechtsghremien schon seit längerer Zeit gestellte Forderung der Ausweitung des rechtlichen Schutzes im privatrechtlichen Verhältnis aufgegriffen¹³⁹. Es kam zudem zu mehreren parlamentarischen Vorstössen für eine Erweiterung des Diskriminierungsschutz-

¹³⁴ Siehe dazu den statistischen Überblick zu Art. 261^{bis} StGB / Art. 171c MSTG, www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00172/index.html?lang=de (Zugriff: 1. September 2010).

¹³⁵ Siehe dazu die Dokumentation zur Erweiterung des strafrechtlichen Verbots der Rassendiskriminierung, www.ekr.admin.ch/themen/00042/00054/00206/index.html?lang=de (Zugriff: 1. September 2010).

¹³⁶ Art. 261^{ter} VE-StGB und Art. 171d VE-MStG – Verwendung rassistischer Symbole.

¹³⁷ BGE 129 I 217, BGE 129 I 232.

¹³⁸ BGE 132 I 167, 134 I 49, 134 I 56.

¹³⁹ Siehe vorne S. 8 und 9.

zes im Privat- und Verwaltungsrecht. Die Fraktion der Grünen Partei Schweiz beispielsweise postulierte ein «Gesetz gegen die rassistische Diskriminierung am Arbeitsplatz»¹⁴⁰, dies aufgrund mehrerer Studien, die Diskriminierung beim Zugang zum Erwerbsleben feststellten¹⁴¹. Verlangt wird auch eine Gesetzesänderung zur Verhinderung von Diskriminierung wegen der Nationalität im Versicherungswesen, dies aufgrund der Praxis der herkunftsbezogenen Prämienausgestaltung im Bereich der Motorhaftpflichtversicherung¹⁴². Schliesslich erhoffen sich die Nationalräte Josef Zisyadis und Paul Rechsteiner in Anlehnung an das EU-Diskriminierungsrecht die umfassende Ausgestaltung des Diskriminierungsschutzes mittels eines Bundesgesetzes gegen Diskriminierung (Zisyadis)¹⁴³ beziehungsweise eines Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (Rechsteiner)¹⁴⁴. In eine ähnliche Richtung geht die Interpellation von Nationalrätin Bea Heim¹⁴⁵.

bb. Institutionelle Gewährleistung, Fördermassnahmen

Berücksichtigt man auch die zweite und dritte Generation rechtlicher Antidiskriminierungsmassnahmen, lässt sich in einem gewissen Sinne eine seit Inkrafttreten der Antirassismuskonvention und des strafrechtlichen Verbotes zur Rassendiskriminierung parallele Entwicklungsdynamik feststellen. So wurde nicht einmal acht Monate nach Inkrafttreten der Rassismusstrafnorm, am 18. August 1995, die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR mittels Bundesratsbeschluss geschaffen¹⁴⁶. Sechs Jahre danach rief der Bundesrat die Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB ins Leben und das Parlament schuf mit ihr einen Fonds für Projekte gegen Rassismus und für Menschenrechte. Jüngst ist die Verordnung über Menschenrechts- und Rassismusprojekte in Kraft getreten. Schliesslich integrierte der Bundesrat mit Inkrafttreten des neuen Ausländergesetzes die Antidiskriminierungsarbeit offiziell in die Regelstruktur der Integrationsförderung.

Die institutionellen Massnahmen (EKR, FRB) sowie die über die Projektförderung eingeführten weichen Fördermassnahmen gehören gemeinsam mit den Diskriminierungsverboten zu einem beachtlichen Paket des Bundesrechts gegen staatliche ethnisch-kulturelle Diskriminierungen, zum Schutz vor ethnisch-

¹⁴⁰ 04.3791, abgeschrieben am 20. März 2009.

¹⁴¹ Für eine Übersicht über die sozialwissenschaftliche Literatur siehe www.humanrights.ch/home/de/Themendossiers/Rassismus/Arbeitswelt/Sozialwissenschaftlich/idart_1824-content.html (Zugang: 1. September 2010).

¹⁴² Parlamentarische Initiative Zisyadis (07.441 « Keine diskriminierenden Autoversicherungsprämien aufgrund der Nationalität »). Der Initiative wurde keine Folge gegeben am 20. März 2008.

¹⁴³ 06.3082, abgeschrieben am 20. März 2009.

¹⁴⁴ Siehe S. 9 und FN 10.

¹⁴⁵ 09.3242 « Diskriminierungsschutz ».

¹⁴⁶ Vgl. dazu hinten, a.a.O.

kultureller Diskriminierungen Privater sowie zur Gewährleistung des Abbaus von Diskriminierung mittels staatlicher Leistungen. Insgesamt reiht sich das Paket in die (inter-)nationale Entwicklung eines kohärenten Diskriminierungsschutzrechts ein, zumindest was die institutionelle Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung betrifft.

e. Entwicklungen auf der Ebene des Kantons Bern

Erstmals wurden mit In-Kraft-Treten der total revidierten kantonalen Verfassung am 6. Juni 1993 explizite Diskriminierungsverbote im objektiven Rechts des Kantons Bern verankert. Dabei zeigte sich bereits im mehrere Jahre dauernden Entstehungsprozess, dass diese ausdrückliche Verankerung von Diskriminierungsverboten höchst umstritten war. Im ersten Verfassungsentwurf vom 25. September 1987 (Entwurf Zaugg) wurden neben einem Gleichheitsgebot in Art. 19 Abs. 1¹⁴⁷ auch Diskriminierungsverbote eingeführt (Art. 19 Abs. 2), wobei die Auflistung der Diskriminierungsdimensionen neben dem Geschlecht und der Überzeugung insbesondere die ethnisch-kulturellen Dimensionen Rasse, Sprache, Herkunft und Glauben beinhaltete¹⁴⁸. Interessant ist zudem, dass es sich gemäss Wortlaut wohl um ein Anknüpfungsverbot handelte (« Es darf niemand (...) benachteiligt oder bevorzugt werden »). Dies hätte geheissen, dass positive Massnahmen im Sinne von Privilegierungen¹⁴⁹ verfassungsrechtlich ausgeschlossen worden wären, was einen doch schwerwiegenden Widerspruch zu den völkerrechtlichen Vorgaben bedeutete hätte¹⁵⁰. Demgegenüber wurde im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens vertreten, dass die Regelungen gar zu weit gehen würden. Andererseits wurde auch verlangt, andere Diskriminierungsdimensionen in die Verfassung einzubinden¹⁵¹ sowie – insbesondere im Bereich des Schutzes vor Geschlechterdiskriminierung – Gleichstellungsaufträge zu formulieren¹⁵².

¹⁴⁷ « Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich ».

¹⁴⁸ « Es darf niemand wegen seines Geschlechts, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Herkunft, seines Glaubens oder seiner Überzeugung benachteiligt oder bevorzugt werden ».

¹⁴⁹ Zum Begriff der positiven Massnahmen siehe hinten, a.a.O.

¹⁵⁰ Zur rechtlichen Zulässigkeit von positiven Massnahmen sowie zur Verpflichtung des Ergreifens positiver Massnahmen siehe hinten, a.a.O.

¹⁵¹ So verlangte etwa die Homosexuelle Arbeitsgruppe Bern die Dimension « Homosexuell empfindende ErzieherInnen und LehrerInnen »; der Arbeiterbildungsausschuss Steffisburg neben den im Entwurf genannten Dimensionen ebenso die Dimensionen « Abstammung », « soziale Stellung » und explizit die weltanschauliche, politische oder religiöse Überzeugung; ebenso der Einzelantrag Lehmann (Vernehmlassungsbericht der Justizdirektion des Kantons Bern zum Verfassungsentwurf vom 25. September 1987 (Entwurf Zaugg), S. 129-133).

¹⁵² Vgl. hierzu insbesondere den Antrag der Sozialdemokratischen Partei, welche deutlich machte, dass « gerade in der modernen Industrie- und Dienstleistungsgesellschaft (...) die Gleichstellung der Frau konkretisierender rechtlicher Regelungen (Förderung, Quotierung, etc.) » bedürfe, « um den bundesverfassungsrechtlich garantierten Grundsatz tatsächlich und nicht nur formal zur Anwendung zu bringen » (Entwurf Zaugg, S. 129-133).

Im Anschluss an die erste Vernehmlassung wurde eine Verfassungskommission eingesetzt, die auf der Grundlage der Vorarbeiten (Entwurf Zaugg, Vernehmlassungsbericht) einen erneuten Verfassungsentwurf erarbeitete. Im ersten Zwischenbericht wurden die Diskriminierungsverbote mit Ausnahme des Gleichheitsgrundsatzes von Frau und Mann gestrichen, da sich nur eine Minderheit für eine Konkretisierung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit durch einen Katalog unzulässiger Ungleichbehandlungen, « in dem verschiedene Kriterien wie Rasse, Sprache, Religion sowie politische und sonstige Anschauung aufgezählt worden wären »¹⁵³, aussprach. Die Diskriminierungsverbote wurden schliesslich auch im Verfassungsentwurf der grossrätlichen Verfassungskommission vom 9. April 1991 gestrichen¹⁵⁴, wobei die Streichung von der Frauenkommission kritisiert wurde, die einen breiten Diskriminierungskatalog verlangte¹⁵⁵.

Bemerkenswert war zudem, dass der Vernehmlassungsentwurf der Frauenkommission eine ausdrückliche Erwähnung der Rechtmässigkeit von « Fördermassnahmen zum Schutze von Benachteiligten und zur Erreichung der tatsächlichen Gleichstellung » postulierte, wobei sie dies auf alle Diskriminierungsdimensionen und nicht beschränkt auf die Dimension des Geschlechts erfasst haben wollte¹⁵⁶. Damit wurde deutlich gemacht, dass sich der Schutz vor Diskriminierung nicht auf die Unterlassung staatlicher Diskriminierungshandlungen beschränken soll, sondern vielmehr auch – über die bereits im Verfassungsentwurf verankerte Verpflichtung zur « tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann in Staat, Gesellschaft und Wirtschaft »¹⁵⁷ hinaus – eine staatliche Gewährleistungspflicht zur Herstellung tatsächlicher Chancengleichheit erfassen kann. Auch mit dem Vorschlag der Frauenkommission wäre damit jedoch kein expliziter Gleichstellungsauftrag – bzw. eine Verpflichtung zur Vornahme von Gleichstellungsmassnahmen – im Zusammenhang mit anderen Diskriminierungsdimensionen als das Geschlecht verbunden gewesen.

Auf institutioneller Ebene konzentriert sich das kantonale Diskriminierungsschutzrecht auf den Schutz vor Diskriminierung der Frau bzw. wegen des Geschlechts. So wurden im April 1990 die Kantonale Stelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern und die kantonale Frauenkommission eingeführt. Seit

¹⁵³ Zwischenbericht der Verfassungskommission. Ergebnisse der Beratungen vom August 1989 - April 1990, S. 30.

¹⁵⁴ Vernehmlassungsbericht II zum Kommissionsentwurf vom 9. April 1991, S. 22.

¹⁵⁵ Die Frauenkommission verlangte die Einführung eines weiteren Absatzes: « Insbesondere darf keine Person wegen ihres Geschlechts, ihrer Abstammung, ihrer Herkunft, ihrer Rasse, ihrer sozialen Stellung, ihres Berufes, ihrer weltanschaulichen, politischen oder religiösen Ueberzeugung, ihres Alters, ihrer Behinderung, ihres Zivilstandes oder ihrer Homosexualität benachteiligt oder bevorzugt werden » (Vernehmlassungsbericht II zum Kommissionsentwurf vom 9. April 1991, S. 25).

¹⁵⁶ Vernehmlassungsbericht II zum Kommissionsentwurf vom 9. April 1991, im Originalwortlaut direkt im Anschluss an den Absatz zu den Diskriminierungsverboten: « Fördermassnahmen zum Schutze von Benachteiligten und zur Erreichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar ».

¹⁵⁷ Art. 9 Abs. 3.

Oktober sind die Fachstelle für die Gleichstellung von Frauen und Männern (FGS) und die Fachkommission der Staatskanzlei angegliedert¹⁵⁸. Die Fachstelle setzt sich ein für die Chancengleichheit zwischen Frauen und Männern, für ihre Gleichstellung in allen Lebensbereichen und für die Beseitigung direkter und indirekter Diskriminierung¹⁵⁹. Die Fachkommission für Gleichstellungsfragen besteht aus Vertreterinnen und Vertreter verschiedener Frauenorganisationen und -projekte sowie Institutionen und Einzelpersonen (Expert_innen).

e. Ausblick: umfassender und hierarchiefreier Ansatz?

Innerhalb der rechtswissenschaftlichen Literatur wird jüngst eine Hierarchisierung im positiven Gleichstellungs- und Antidiskriminierungsrecht kritisiert¹⁶⁰. An den verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten gemessen, sei der gesetzgeberische Schutz vor Diskriminierungen durch Private hierarchisierend ausgestaltet. Aus verfassungs- und völkerrechtlicher Perspektive lasse sich diese Hierarchisierung nicht rechtfertigen, insbesondere vor dem Hintergrund empirischer Forschung, die Diskriminierung als soziale Realität, die alle Diskriminierungsdimensionen betrifft, betrachtet. Entsprechend werden die gesetzgeberischen Unterschiede denn auch jüngst regelmässig und verstärkt kritisiert¹⁶¹.

Die Gründe der bestehenden Differenzen *de lege lata* sind wissenschaftlich nicht untersucht, hingegen lassen sich durchaus gewisse These formulieren: Aus einem politologisch-historischen Blickwinkel betrachtet erklären sich die Unterschiede möglicherweise in der unterschiedlichen Mobilisierung politischer Interessen auf dem politischen Parkett. Aus einer rechtshistorischen Perspektive können die Unterschiede zudem auf die zurückhaltende Praxis der Schweiz betreffend die Unterzeichnung und Ratifizierung internationaler Menschenrechtsübereinkommen zurückgeführt werden¹⁶². Aus einer historisch-soziologischen Perspektive erklären sich die Unterschiede in der Differenz gesellschaftlicher Diskriminierungsrealitäten und deren Rückwirkungen auf das bestehende politische Mobilisierungspotential.

Der bisher international letzte Schritt der hierarchiefreien konzeptionellen Vereinheitlichung des Diskriminierungsschutzrechts ist also in der Schweiz im Vergleich zur Europäischen Union erst im Anfangsstadium. Sowohl das wissenschaftliche als auch politische Nachdenken über die Mehrdimensionalität von Diskriminierungen sowie die gleichgelagerte Relevanz von Diskriminierungen unterschiedlicher Dimensionen wird vorerst erst auf der Ebene der menschenrechtlichen Zivilgesellschaft und Wissenschaft ange-

¹⁵⁸ Zu den Aufgaben der Fachstelle siehe Art. 15 und 16 der Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Staatskanzlei (Organisationsverordnung STA, OrV STA) vom 18. Oktober 1995 (152.211),

¹⁵⁹ Art. 15 Abs. 1.

¹⁶⁰ Vgl. hierzu die Grobübersicht in NAGUIB, Antidiskriminierungsrecht im Vergleich.

¹⁶¹ Siehe hierzu hinten, a.a.O.

¹⁶² Vgl. hierzu die interessanten Ausführungen in FANZUN, Menschenrechtspolitik der Schweiz.

dacht. Erwähnenswert sind insbesondere die u.a. im Anschluss der Fachtagung der Bundesverwaltung zum Antidiskriminierungsrecht¹⁶³ organisierte Tagung von Humanrights.ch vom 30. März 2011 und die Tagung der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften ZHAW im September 2011, die versuchen, der praktischen Bedeutung eines umfassenden Diskriminierungsschutzrechts für die Gesellschaft näher zu kommen.

Vor diesem Hintergrund bemerkenswert ist, dass der integrationspolitische Ansatz des Bundes die Mehrdimensionalität von Diskriminierungen implizit anerkennt, indem Bund und Kantone im Ausländergesetz verpflichtet werden, den besonderen Anliegen der Integration von Frauen, Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen¹⁶⁴. Im Vorentwurf des kantonalen Integrationsgesetzes wurde dieser Ansatz hingegen nicht explizit übernommen, auch wenn die Verpflichtung zum Schutz vor Diskriminierungen aufgrund weiterer Dimensionen insofern zu berücksichtigen sind, als sie eigentliche Integrationshemmnisse darstellen, so etwa wenn ein Ausländer mit Behinderung dimensionensensible Integrationsmassnahmen benötigt¹⁶⁵.

Letztlich bleibt abzuwarten, wie sich der jüngst stärker geführte rechtspolitische und akademische Diskurs¹⁶⁶ auf die Wahrnehmung von Diskriminierung und deren Bekämpfung durch den Gesetzgeber – so einerseits der repräsentativen Organe (Parlamente) und andererseits des Stimmvolkes (im Rahmen von Referenden und Volksinitiativen) – auswirken wird.

3. Beurteilung im Lichte des VE-IntG

Historisch betrachtet, verdichtete sich das Phänomen der Diskriminierung und mit ihm der Diskriminierungsschutz im Verlaufe des 20. Jahrhunderts als ein gesellschaftliche Herausforderung, die den Rechtsstaat verstärkt in die Pflicht genommen hat, einerseits um die Würde des Menschen in seiner Gleichwertigkeit in der Differenz zu schützen und andererseits um den gesellschaftlichen Frieden bzw. den minimal notwendigen sozialen Zusammenhalt nachhaltig abzusichern. In der Verantwortung sind die (inter-)nationale Gemeinschaft und mit ihr alle Staaten – inkl. der drei Stufen des Gemeinwesens der Eidgenossenschaft: Bund, Kantone und Gemeinden. Diskriminierung ist als Realität anerkannt; sowohl auf internationaler als auch auf nationaler Ebene finden sich die Gemeinwesen vermehrt in der rechtlichen Verantwortung, dem Diskriminierungsschutz umfassende Wirkung zu verschaffen.

¹⁶³ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

¹⁶⁴ Art. 53 Abs. 4 AuG, Art. 2 Abs. 3 VintA. Siehe dazu auch die Ausführungen weiter hinten, a.a.O.

¹⁶⁵ Siehe hinten, a.a.O.

¹⁶⁶ Vgl. hierzu die rechtswissenschaftlichen Publikationen und die verschiedenen Tagungen, die seit Dezember 2008 organisiert wurden und noch werden. Für eine relativ aktuelle Darstellung des state of the art siehe PÄRLI, Gleichbehandlung; und NAGUIB, Diskriminierungsschutz. Vgl. hierzu zudem hinten, a.a.O.

Historisch wenig erfahren – mit Ausnahme der Frauengleichstellung und der Bekämpfung der Geschlechterdiskriminierung – ist man bis anhin in der Beantwortung der Frage, welche Aufgaben Bund und welche die Kantone bzw. Gemeinden beim Diskriminierungsschutz zu übernehmen haben. In diesem Sinne lässt sich die aktuell vom Bund angestossene Dynamik der Integration des Antidiskriminierungsrechts in die Integrationspolitik als einen weiteren wichtigen (geschichtlichen) Baustein in der Rechtswirklichkeit des Diskriminierungsschutzes qualifizieren, der eine Dynamisierung bis tief in die verschiedenen Regelstrukturen und Staatsaufgaben ausüben könnte. Diskriminierungsschutz erscheint als Konzept zumindest in der Integrationspolitik anzukommen, was ex ante als Chance für ein umfassendes Regelstruktur-Mainstreaming begriffen werden kann.

Diese spezifische integrationspolitische Verantwortung zur Bekämpfung von Diskriminierung bildet sich auch im VE-IntG ab. So bezeichnet der Entwurf den Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung als eine wichtige Aufgabe der kantonalen Integrationspolitik. Der Diskriminierungsschutz wird als gesamtgesellschaftliche Aufgabe anerkannt, dies in der gemeinsamen Verantwortung des Kantons Bern und der Gemeinden, in Zusammenarbeit mit dem Bund und der Zivilgesellschaft. Damit ist ein potentiell mit vielen Chancen verbundener « historischer » Entwicklungsprozess im Kanton Bern verbunden.

Historisch bedeutend wird zudem die Frage sein, ob sich der Schutz vor Diskriminierung künftig auch in der Schweiz verstärkt in Richtung eines mehrdimensionalen und hierarchiefreien Ansatz entwickeln wird, wie er etwa jüngst in der Europäischen Gemeinschaft gefördert wird¹⁶⁷. Erste Ansätze finden sich auf der Ebene der pragmatischen Zusammenarbeit zwischen einzelnen Institutionen des Bundes¹⁶⁸ und der Kantone¹⁶⁹. Dies ist gerade aus integrationspolitischer Perspektive besonders bedeutend, da für einen wirkungsvollen Abbau von Integrationshemmnissen sämtliche Diskriminierungsdimensionen Berücksichtigung finden sollten, so etwa alters-, behinderten-, klassen-, lebensformen-, familienstatusbedingte Ungleichheiten und strukturelle Hindernisse.

B. Begrifflichkeiten¹⁷⁰

¹⁶⁷ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

¹⁶⁸ So etwa die jüngst intensiveren Bemühungen der Zusammenarbeit zwischen FRB, EBGB, EBG und BFM auf Bundesebene.

¹⁶⁹ Im Vergleich zum Bund entwickelt sich die Zusammenarbeit im Kanton Basel-Stadt eher top-down – mit Einführung der Fachstelle Gleichstellung und Integration – als aus der Rechtswirklichkeit der einzelnen Verwaltungsstellen (siehe hierzu: <http://www.pd.bs.ch/gleichstellung-und-integration.htm>, Zugriff: 15. April 2011).

¹⁷⁰ Die folgenden Überlegungen stellen im Zusammenhang mit den vorangegangenen (Entwicklungsgeschichte) und mit den anschliessenden Darstellungen (Schutzkonzept) eine Art begriffsgeschichtliche Skizze des rechtlichen Diskriminierungsschutzes dar. Hans Erich Bödeker definiert Begriffsgeschichte als die Geschichte der Beziehungen der

1. Herkunft

Die ursprüngliche Bedeutung des Begriffes der Diskriminierung findet sich in der lateinischen Sprache und ist im Grundsatz wertneutral¹⁷¹. Das lateinische Nomen « discrimen » kann mit « Unterschied », « Unterscheidung », « Entscheidung », « Trennung », « Scheide », « Scheidelinie », « Entfernung » und « Zwischenraum » übersetzt werden¹⁷². Diskriminieren kann in diesem Sinne ein maschinelles Sieb, das kleine Steine von Sand trennt. Bereits in der lateinischen Begriffsetymologie finden sich darüber hinaus erste wertende Ansatzpunkte, etwa wenn von « Entscheidung », « Entscheidungskampf » oder « gefährliche Bedrängnis » gesprochen wird¹⁷³. Letztere drei Bedeutungen weisen in Richtung eines hierarchisierenden Selektionsmechanismus, der mit dem Begriff der Diskriminierung verbunden wird.

2. Umgangssprache

In der deutschen Alltagssprache hat das Wort Diskriminierung erstmals eine eindeutig negativ-wertende Konnotation. Wer diskriminiert handelt « benachteiligend », möglicherweise « unfair », « herabsetzend » oder gar « herabwürdigend »; man spricht von « ungerechtfertigter Behandlung » oder « ungleicher Behandlung »¹⁷⁴. So kann sich z.B. eine Schülerin, die wegen Spickens den Prüfungsbogen früher abgeben muss, diskriminiert fühlen, weil sie die Schwere der Prüfung als Zumutung empfindet und « sowieso auch andere gespickt haben »¹⁷⁵. Eine Verbindung zwischen Diskriminierung und Ungleichbehandlung steht bei dieser Interpretation nicht zwingend im Vordergrund, doch empfindet die Schülerin das Verhalten der Lehrerin als diskriminierend, weil es sich für sie negativ auswirkt.

Begriff zu Wörtern und zu historischen Sachverhalten (HANS ERICH BÖDEKER, « Reflexionen über Begriffsgeschichte als Methode », in: Ders. (Hrsg.), Begriffsgeschichte, Diskursgeschichte, Metapherngeschichte, Göttingen, S. 73-121): « Begriffsgeschichte in diesem Sinne erforscht das Selbst- und Weltverständnis vergangener Zeiten, wie es sich in den gebrauchten Begriffen niederschlägt und ausprägt » (BÖDEKER, S. 109).

¹⁷¹ Online-Enzyklopädie Wikipedia, Stichwort: « Diskriminierung », <http://de.wikipedia.org/wiki/Diskriminierung> (Zugriff: 15. September 2010); PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 12.

¹⁷² Vgl. GEORGES, Handwörterbuch, Stichwort: « diskriminieren »; KOEBLER, Etymologisches Wörterbuch, Stichwort: « diskriminieren ». Aus der rechtswissenschaftlichen Literatur siehe WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 196; PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 12.

¹⁷³ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 196.

¹⁷⁴ STRAUSS/HASS/HARRAS, S. 128; PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 12; METZGER, Wörterbuch, S. 143; LERNER, Group Rights, S. 25. Sowohl im deutschen wie auch im französischen Sprachgebrauch wird der Ausdruck heute sozusagen nur noch in einem pejorativen Sinn verstanden (WOLF, Strafbarkeit, S. 127; LOCHAK, discrimination, S. 145).

¹⁷⁵ So schilderte mir eine Sekundarschülerin die starke Aufmerksamkeit des Lehrers ihr gegenüber während Prüfungen als diskriminierend. Darauf angesprochen, dass ihr der Lehrer möglicherweise deshalb vermehrt aufmerksame Kontrolle zukommen lasse, weil sie bereits mehrfach des Spickens überführt wurde, erwiderte sie widersprüchlich und doch klug: « Aber ich könnte mich ja auch gebessert haben, oder? ».

3. Philosophie

In der philosophischen Diskussion stehen Positionen zur Gleichheit als Element der Gerechtigkeit im Vordergrund¹⁷⁶. Bei KANT lässt sie die ethisch-moralische Pflicht zur Achtung der Personalität im Ausgangspunkt als Nichtdiskriminierungsgrundsatz erstmals erkennen¹⁷⁷. Daran anknüpfend wird heute Diskriminierung in philosophischen Kreisen oft als Missachtung der Personalität des anderen verstanden. Im Gegensatz dazu stehen rechtsphilosophische Betrachtungen, welche Diskriminierung mehr aus einer gruppenbezogenen Warte beschreiben als « Übertragung – Projektion – von Gruppenmerkmalen auf den sozialen Handlungsraum so dass das Diskriminierungsverbot im Hinblick auf Zuweisung und Eingrenzung von sozialen Handlungs- und Gestaltungsräumen für besondere Gruppen von Individuen aufzufassen wäre »¹⁷⁸.

4. Sozialwissenschaften

Die Sozialwissenschaften konzentrieren sich stark auf die inter- und intragesellschaftliche Interaktion und verstehen unter Diskriminierung eine Ungleichbehandlung von Menschen bestimmter sozialbedeutsamer Merkmale wie rassistisch-ethnisch, nationale und religiöse Zugehörigkeit, Körpermerkmale, Behinderung, Geschlecht, Alter, soziale oder regionale Herkunft. Die Ungleichbehandlung wird dann als diskriminierend bezeichnet, wenn sie den Zugang zu ökonomischen, kulturellen, sozialen und politischen Ressourcen spezifischer Gruppen einschränkt¹⁷⁹. In der Regel geht es um den Erhalt von Macht der herrschenden Mehrheit(en) über die unterdrückte(n), weniger mächtige(n) Minderheit(en). Somit ist Diskriminierung sowohl Ursache als auch Folge von Herrschaftsstrukturen¹⁸⁰.

6. Wirtschaftswissenschaften

Die Wirtschaftswissenschaften sind zwar Teil der Sozialwissenschaften, haben sich aber im Zuge der Entwicklung der modernen Verfassungsstaaten als eigenständige Wissenschaft herausgebildet. Die Wirtschaftswissenschaften unterscheiden zwischen der « präferenzbedingten Diskriminierung » («

¹⁷⁶ COONS/BRENNAN, S. 22ff. ; WILSON, Equality, S. 97ff. ; WILLIAMS, Equality, S. 230ff. ; WESTEN, Equality, S. 39, 266-267 ; RAWLS, Public Reason, S. 573ff. ; DERS., Theory, S. 1ff. ; DERS., Kantian Conception, S. 258 ; DERS., Fairness, S. 52ff. ; BARRY, Justice ; DERS., Disputation, S. 186ff ; MATRAVERS, Wrong, S. 108ff. ; DWORKIN, Matter of Principle, S. 190 ; DERS., Taking Rights Seriously, S. 227 ; KYMLICKA, citizenship ; WALZER, justice, S. 17ff.

¹⁷⁷ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 197.

¹⁷⁸ Aleksandrowicz, S. 330 ; Blättler/Christensen, S. 21f.

¹⁷⁹ NAUCK, S. 82-83 ; PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 12f. ; BECKER, Diskriminierung, S. 1.

¹⁸⁰ ROMMELSPACHER, Rassismus, S. 29, bezeichnet etwa den Rassismus als gesellschaftliches Verhältnis, bei dem es eben nicht einfach um individuelle Vorurteile geht, sondern um die Legitimation von gesellschaftlichen Hierarchien, die auf der Diskriminierung der so konstruierten Gruppen basieren.

Taste discrimination ») und der « statistischen Diskriminierung » (« Statistic discrimination »)¹⁸¹. Während die « präferenzbedingte Diskriminierung » vorwiegend auf den Geschmack der diskriminierenden Personen abstellt, d.h. Ängste, Feindlichkeiten und Hass aber auch unbewusste Abneigung als Motiv in den Vordergrund stellt, bezieht sich die statistische Diskriminierung auf kalkulierende (bzw. statistische) Motivlagen, d.h. Diskriminierung ist Folge einer ökonomischen Kosten/Nutzen-Analyse¹⁸² und gerade nicht des Geschmacks.

6. Kritische Sprachphilosophie und -soziologie

Interessant ist weiter ein Ansatz aus der Sprachphilosophie, der aus einer soziologisch-kritischen Perspektive argumentierend die in der Sprache eingeschriebenen biologistischen und kulturalistischen Konstruktionen kritisiert, wobei dadurch essentialistische Konventionen weitergetragen werden und damit Sprache diskriminierend wirkt. Sprache ist in Anlehnung an JACQUES DERRIDA, JOHN L. AUSTIN, MICHEL FOUCAULT und JUDITH BUTLER Teil einer wirkungsmächtigen (performativen) Repräsentation von Diskriminierungen, die sich wiederum auf die gesellschaftlichen Strukturen und Selbstidentifikationen der diskriminierten Personen negativ auswirken und damit Diskriminierung zementieren. Das sprachphilosophische Gegenkonzept findet sich in der subversiven Resignifizierung von JUDITH BUTLER, mit dem etwa diskriminierende Einschreibungen in den Begriffen umgeschrieben werden sollen¹⁸³.

7. Rechtswissenschaften

Im rechtswissenschaftlichen Diskurs hat sich auf der Grundlage der Aufklärung und der massiven Menschenrechtsverletzung während den zwei Weltkriegen ein Diskriminierungsbegriff herausgebildet, der als besonderer Gleichheitssatz eng an die Menschenwürde sowie an den Grundsatz der Gleichwertigkeit in der individuellen Differenz gekoppelt ist¹⁸⁴. Diskriminierungen stellen eine rechtlich besonders missbilligte Form von Ungleichbehandlungen dar, weil Diskriminierungen Menschen aufgrund ihres menschlichen « Daseins und Soseins » benachteiligen¹⁸⁵. Der Schutz vor Diskriminierung nimmt damit eine qualitativ stärkere Stellung ein im Normgefüge als der allgemeine Gleichheitssatz¹⁸⁶. Er ist im Völkerrecht als Menschenrecht und in staatlichen Verfassungen als Grundrecht verankert und stellt eine eigenständige

¹⁸¹ Vgl. hierzu auch BRITZ, Diskriminierung.

¹⁸² Vgl. hierzu BRITZ, Diskriminierung.

¹⁸³ Zum Ganzen siehe RAUCHUT, S. 21ff.

¹⁸⁴ SCHEFER, Kerngehalte, S. 476 ; KÄLIN, Kulturkonflikte, S. 105ff. ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Droits fondamentaux (2000), Rz. 1033 ; WEBER-DÜRLER, Rechtsgleichheit (2001), Rz. 25 ; TSCHANNEN/KIENER, Telefonverkehr, S. 412 ; DREIER, Kommentar GG (1996), Art. 3, Rz. 102.

¹⁸⁵ TSCHANNEN/KIENER, Telefonverkehr, S. 411ff.

¹⁸⁶ Siehe hierzu hinten, a.a.O.

individualrechtliche Position dar, auf die sich jeder Menschen vor nationalen und internationalen Gerichten berufen kann (subjektives Recht)¹⁸⁷.

8. Beurteilung im Lichte des VE-IntG

KURT PÄRLI hält zutreffend fest, dass die verschiedenen Bedeutungen des Begriffes der *Diskriminierung* im Lichte sprachphilosophischer Erkenntnis zu relativieren seien¹⁸⁸. Die Bedeutung der Sprache ergebe sich aus ihrem Gebrauch und ist nach Zeit, Ort und Kontext unterschiedlich. So seien denn auch Lexika, Wörterbücher, philosophische, rechtssoziologische und ökonomische Theorien keine Interpretationsmaschinen, die eine Bedeutung beliebiger Äusserungen ausspucken können¹⁸⁹. Sprache ist historisch und alle Geschichte sprachlich bedingt¹⁹⁰, so werden Konventionen in Begriffen ein- und umgeschrieben¹⁹¹. Begriffe sind letztlich performativ und verfügen über subversives Potential¹⁹². Staatliche Antidiskriminierungspolitik sollte sich daher so genau wie möglich an einem einheitlichen Diskriminierungsbegriff ausrichten, diesen jedoch in seiner Bedeutung entwicklungsfähig halten.

Im vorliegenden Zusammenhang ergibt sich die Begriffswahl aus dem Legalitätsprinzip, d.h. aus der zwingend rechtsstaatlichen Orientierung des Kantons Bern¹⁹³. Es ist daher zentral, dass der Kanton Bern sich an den geltenden juristischen Begrifflichkeiten ausrichtet¹⁹⁴. Doch ist es ratsam, wenn die sozialwissenschaftlich, philosophisch und ökonomisch geprägten Diskriminierungsbegriffe zur Vertiefung des juristischen Diskriminierungsverständnisses genutzt werden. So ist etwa das soziologische Verständnis, das gesellschaftliche Machtasymmetrien in den Mittelpunkt stellt, nützlich für eine verstärkt strukturelle Ausrichtung des rechtlichen Diskriminierungsschutzes. Die ökonomische Unterscheidung zwischen präferenzbedingter und statistischer Diskriminierung wiederum kann für die rechtliche Güterabwägung dienlich sein.

¹⁸⁷ SEN, *Inequality* (1992), S. 21ff.

¹⁸⁸ PÄRLI, *Gleichbehandlung*, S. 13.

¹⁸⁹ Christensen/Kudlich, S. 234.

¹⁹⁰ So die strukturalistischen und die poststrukturalistischen Positionen. Vgl. dazu zusammenfassend FRANZISKA RAUCHUT, *Wie queer ist Queer? Sprachphilosophische Reflexionen zur deutschsprachigen akademischen « Queer »-Debatte*, 2008, S. 17ff.

¹⁹¹ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

¹⁹² Butler.

¹⁹³ Siehe dazu vorne, a.a.O.

¹⁹⁴ Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht (Art. 5 Abs. 1 BV, Art. 1 Abs. 1 KV-BE).

Die Offenheit des rechtlichen Diskriminierungsbegriffes für Impulse aus der Aussenwelt wird bereits in der Diskussion rund um das Diskriminierungsschutzkonzept bzw. den unterschiedlichen juristischen Positionen dazu immanent. Diese werden im anschliessenden Teil konkretisiert.

C. Juristische Definition(en)

1. Diskriminierung

Einen eindeutigen bzw. einheitlichen rechtswissenschaftlichen Diskriminierungsbegriff gibt es nicht. So geht etwa das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung von einem engeren Diskriminierungsverständnis aus als etwa Art 8 Abs. 2 BV¹⁹⁵. Historisch sind die verschiedenen Begrifflichkeiten vorwiegend von völkerrechtlichen (Menschenrechte) und parallel dazu von nationalstaatlich- oder supranational-verfassungsrechtlichen (Grundrechte) Diskriminierungsschutzkonzepten geprägt¹⁹⁶, die jedoch bis heute in Literatur und Praxis keine abschliessend einheitlichen Konturen aufweisen¹⁹⁷. Kontrovers diskutiert wird etwa, welche Diskriminierungsdimensionen von Diskriminierungsverboten erfasst sind und ob es sich bei Diskriminierungsverboten um Benachteiligungsverbote, Anknüpfungsverbote, Herabwürdigungsverbote oder Hierarchisierungsverbote handelt¹⁹⁸: Auch die Gerichtspraxis folgt jeweils unterschiedlichen Konzeptionen bzw. setzt je nach Konstellation andere Schwerpunkte¹⁹⁹.

Als gemeinsamen Kern sehen die am Völker- und Verfassungsrecht orientierten Definitionen eine Diskriminierung dann als gegeben an, wenn eine Ungleichbehandlung oder eine Gleichbehandlung dazu führt, dass Menschen aufgrund sensibler Dimensionen – auch: Kategorien, Gründe, Merkmale – benachteiligt werden, ohne dass diese durch ein überwiegendes Interesse gerechtfertigt werden kann²⁰⁰. Mehr oder minder unumstritten ist, dass die Dimensionen « Rasse », Ethnie, Religion, Geschlecht, Behinderung, Alter, sexuelle Orientierung (bzw. Identität) und soziale Stellung zu diesen problematischen Dimensionen gehören. Unumstritten ist auch, dass die Liste nicht abschliessend ist und nach Ort und Zeit variieren kann, da Diskriminierungsverbote primär darauf abzielen, Menschen vor in der sozialen Realität existierenden Ausgrenzungsmechanismen gegenüber spezifischen Gruppen zu schützen und daher historisch anpassungsfähig gehalten werden.

¹⁹⁵ Vgl. dazu hinten, a.a.O.

¹⁹⁶ Vgl. dazu hinten, a.a.O.

¹⁹⁷ Vgl. dazu hinten, a.a.O.

¹⁹⁸ Vgl. dazu hinten, a.a.O.

¹⁹⁹ Vgl. dazu hinten, a.a.O.

²⁰⁰ Vgl. dazu hinten, a.a.O.

Diskriminierung liegt dann vor, wenn kulturell, sozial oder biologisch homogene Gruppen konstruiert werden, und diese Konstruktion eine Benachteiligung durch Ungleichbehandlung oder die Zementierung einer historisch-faktischen Benachteiligung durch Gleichbehandlung legitimiert. Daher wird auch von gewisser Seite der Fokus des Antidiskriminierungsrechts auf Gruppenkategorien verstärkt kritisiert, da es in erster Linie darum gehen soll, systematische Ausgrenzungs- und Stigmatisierungsmechanismen zu erfassen und nicht etwa den Schutz davon abhängig zu machen, ob es sich bei benachteiligter Person in der Tat um eine Gruppenzugehörige handelt²⁰¹. Dass es hierbei nicht um ein theoretisches Problem geht, kann an folgenden praktischen Beispielen illustriert werden.

2005 hatte die Solothurner Staatsanwaltschaft zu beurteilen, ob eine nachweislich offene Diskriminierungshandlung durch einen Diskobetreiber, der zwei jungen Männern aus dem Kosovo mit den Worten « Im Moment werden keine Personen aus dem Balkan reingelassen » den Einlass verwehrt, dies mit folgender Begründung: « Offensichtlich können die Balkanvölker nicht einer Religionsgemeinschaft oder einer rassischen Gruppe zugeordnet werden, sodann fallen sie auch nicht unter den Begriff der Ethnie. Ethnische Gruppen definierten sich über gemeinsame Geschichte, ein gemeinsames System von Einstellungen und Verhaltensnormen (Sprache, Tradition, Brauchtum). Gerade diese Voraussetzungen seien bei den Balkanvölkern offenkundig nicht erfüllt ».

Im Frühling 2010 entschied das Arbeitsgericht Stuttgart, dass eine Frau, die wegen ihrer ostdeutschen Herkunft die Stelle als Bilanzbuchhalterin nicht erhielt, nicht aufgrund des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes diskriminiert wurde. Auf dem zurückgesandten Lebenslauf war mit Tinte ein Minuszeichen notiert, daneben stand der Begriff « Ossi ». Das Arbeitsgericht begründete seine Entscheidung damit, dass der Begriff zwar diskriminierend gemeint sein könne, die Ostdeutschen jedoch keine Ethnie seien.

Diskriminierung kann sowohl in direkter als auch indirekter Form vorkommen. Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn eine benachteiligende Ungleichbehandlung ausdrücklich an eine Diskriminierungsdimension (bzw. an eine stereotype Konstruktion) anknüpft²⁰². Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine an sich neutrale Regelung sich auf Träger_innen bestimmter Diskriminierungsdimensionen stark benachteiligend auswirkt²⁰³. Eine mittelbare Benachteiligung ist leichter zu rechtfertigen als eine unmittelbare²⁰⁴, wobei jeweils der jeweilige Einzelfall genau betrachtet werden muss. Ebenso unumstritten

²⁰¹ Erfasst werden soll also die rassistische Diskriminierung und nicht die Diskriminierung wegen der « Rasse ». Gleiches gilt z.B. auch für die sexistische Diskriminierung anstelle von Diskriminierung wegen des Geschlechts, oder die klassistische Diskriminierung an Stelle der Diskriminierung wegen der sozialen Stellung. Vgl. dazu BAER, Postkategorialität; NAGUIB, Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘; LIEBSCHER, Rasse-Begriff.

²⁰² Vgl. dazu HAUSAMMANN, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick. Im Auftrage des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB, S. 5.

²⁰³ Vgl. dazu BGE 132 I 49, E. 8,

²⁰⁴ Zur Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligung siehe etwa WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 361ff.; RIEDER, Art. 8 Abs. 2 BV, S. 221ff.; PULVER, Rz. 217; KÄLIN, Kulturkonflikt, S. 114ff.

ten ist, dass eine Diskriminierung einzig dann gegeben ist, wenn die Benachteiligung nicht durch qualifizierte Gründe gerechtfertigt werden kann, d.h. wenn sie nicht einen legitimen Zweck verfolgt, und/oder in Bezug auf das angestrebte Ziel nicht geeignet und/oder nicht erforderlich und/oder für die ungleich behandelten Personen nicht zumutbar ist²⁰⁵.

2. Ethnisch-kulturelle Diskriminierung

Der Begriff der *ethnisch-kulturellen Diskriminierung* ist kein in der juristischen Literatur und Praxis gefestigter Begriff. Doch soll an dieser Stelle kurz auf die Bedeutung eingegangen werden, dies insbesondere deshalb, weil der Begriff im VE-IntG verwendet wird und nach einer Durchsicht der Vernehmlassungsantworten gewisse Unsicherheiten auslöste²⁰⁶.

Konkret wurde der Begriff – soweit für den Verfasser nachvollziehbar – 1999 vom an der Universität Bern lehrenden Rechtsprofessor WALTER KÄLIN eingeführt und einzig vereinzelt im wissenschaftlichen und politischen Diskurs in der Deutschschweiz rezipiert²⁰⁷. Entstanden ist die Begriffskreation aufgrund einer Anfrage der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR an Prof. Walter Kälin zur Durchführung eines Seminars im Tätigkeitsfeld der EKR. Die begriffliche Kreation ergibt insofern Sinn, als die EKR ihr Mandat in der Praxis relativ extensiv auslegt, indem sie unter ihrem Mandat die Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der « Rasse », Ethnie, Religion und fahrenden Lebensform versteht²⁰⁸.

Bei einer ethnisch-kulturellen Diskriminierung sind gemäss KÄLIN/CARONI diejenigen Diskriminierungsdimensionen von Bedeutung, die einen Bezug zur Kultur und/oder Ethnie sowie zur konstruierten Dimension der Rasse aufweisen. In Anlehnung an den obigen Kernbegriff der Diskriminierung liegt eine ethnisch-kulturelle Diskriminierung vor, wenn eine Ungleichbehandlung oder eine Gleichbehandlung dazu führt, dass Menschen aufgrund der Rasse, Religion, Sprache, ethnischen oder nationalen Herkunft ohne Rechtfertigung benachteiligt werden²⁰⁹. Liegt eine Diskriminierung aufgrund anderer Dimensionen wie etwa Behinderung, Geschlecht, soziale Stellung, Alter oder sexuelle Orientierung vor, kann nur noch dann (auch) von ethnisch-kultureller Diskriminierung gesprochen werden, wenn eine mehrdimensionale

²⁰⁵ Vgl. dazu BGE 129 I 392 ff., E. 3.3; und unter vielen WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 325f.; und MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 693f.

²⁰⁶ Vgl. hierzu die Vernehmlassungsantworten (internes Dokument).

²⁰⁷ So verwendet die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR in unterschiedlichen Dokumenten den Begriff der ethnisch-kulturellen Diskriminierung.

²⁰⁸ Vgl. hierzu KREIS, Vorwort, in: Walter Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung.

²⁰⁹ Vgl. dazu vorne, a.a.O.; und KÄLIN/CARONI, Diskriminierung, 67-94, S. 80.

Diskriminierung vorliegt, wobei mindestens eine ethnisch-kulturelle Dimension auch betroffen sein muss²¹⁰.

Der Begriff hat sich bis anhin nicht durchgesetzt: In der (rechts-)wissenschaftlichen Literatur und im politischen Diskurs wird er nur sehr selten benutzt²¹¹ – insbesondere nicht in der internationalen bzw. ausländischen. Die lateinische Schweiz ignoriert den Begriff aus sprachlichen Gründen gänzlich. Ihm wird grundsätzlich vorgeworfen, dass erstens *ethnisch* und *kulturell* zwei deckungsgleiche Begriffe seien²¹² und zweitens die biologisch geprägte rassistische Diskriminierung nicht oder nur beschränkt überzeugend erfasst wird. Insgesamt fehle es dem Begriff an analytischer Präzision.

3. Rassendiskriminierung, rassistische Diskriminierung

Demgegenüber ist der Begriff der Rassendiskriminierung im juristischen Kontext etabliert. Ihm kommt neben dem Begriff der Geschlechterdiskriminierung quasi eine historische Vorreiterstellung zu²¹³. Zugleich ist der Begriff der Rassendiskriminierung auch einer mit schwachen Konturen, dies etwa im Vergleich zum Begriff der Behindertendiskriminierung²¹⁴. Weiter bedeutet er im Vergleich zum Begriff der ethnisch-kulturellen Diskriminierung eine weitere Einengung des Diskriminierungsbegriffes, da er sich ausschliesslich auf die Dimension der « Rasse » bzw. der *rassistischen Diskriminierung* beschränkt. Hingegen zeigt sich – gerade angesichts der Tatsache, dass es beim Begriff der « Rasse » um eine Konstruktion handelt, die letztlich auf stereotype Kategorisierungen ethnischer, kultureller, nationaler Merkmale einerseits und biologischer Merkmale wie Hautfarbe, Augenform und Haarpracht andererseits zugreift –, dass die Begriffe der ethnisch-kulturellen Diskriminierung und der Rassendiskriminierung zumindest Ähnlichkeiten aufweisen. So wendet sich nach MÜLLER/SCHEFER das Verbot der Rassendiskriminierung gegen Handlungen und Regelungen, die an mehr oder minder willkürlich festgelegte, nicht oder nur

²¹⁰ Siehe dazu hinten, a.a.O.

²¹¹ Ein Beispiel dafür ist etwa CAPLAZI/NAGUIB, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, in: Jusletter 7.2.2004.

²¹² So kritisierte die ehemalige Vizepräsidentin der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus, Boël Sambuc, an einer Sitzung der EKR, dass der Begriff insgesamt im Kontext der Bekämpfung von Rassendiskriminierung wenig hilfreich sei, da er einerseits durch das Begriffspaar ethnisch und kulturell eine Sinnverdoppelung aufweise und andererseits die rassistische Diskriminierung nur beschränkt zu erfassen vermöge.

²¹³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 720. Auch der UNO Ausschuss gegen Rassendiskriminierung (CERD) verwendet « Rasse » als Oberbegriff (siehe WOUTER VANDENHOLE, Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies, Antwerpen/Oxford 2005, S. 90; WOLFRUM (Anm. 438) S. 222).

²¹⁴ Vgl. hierzu etwa Art. 2 der UNO-Behindertenkonvention, abrufbar unter: <http://www2.ohchr.org/french/law/disabilities-convention.htm> (Zugriff: 16. März 2011).

schwer veränderbare Merkmale wie Hautfarbe, Augenform, aber auch Sprache und Abstammung anschliessen und zur Legitimierung von abwertender Klassifizierung und Behandlung führen²¹⁵.

Die Unsicherheiten der Rechtswissenschaften im Umgang mit dem Begriff der Rassendiskriminierung lässt sich darauf zurückführen, dass die Rechtswissenschaften einerseits den Rasse-Begriff als sozial konstruiert auffassen aber zugleich am Begriff der « Rasse » festhalten. Dieser Widerspruch lässt sich m.E. nicht überzeugend mit der Begründung auflösen, dass man daran festhalten müsse, um die soziale Konstruiertheit rechtlich erfassen zu können. Konsequenter und analytisch sinnvoll ist vielmehr die Benennung der rassistischen Konstruktion und nicht der real nicht existenten Dimension « Rasse »²¹⁶. Daher erweist sich für die Präzisierung des Begriffes nach der hier vertretenen Auffassung die Bezugnahme auf den aus den Sozialwissenschaften stammenden Begriff der rassistischen Diskriminierung als hilfreich. Eine rassistische Diskriminierung liegt demnach vor, wenn eine Ungleichbehandlung auf eine rassistische Kategorisierung zurückzuführen ist, d.h. in einer kulturalistischen Hierarchisierung von Menschen aufgrund tatsächlicher oder zugeschriebener physischer, kultureller oder anderweitiger Merkmale gründet. Somit ist nicht entscheidend, ob die Unterscheidung aufgrund der Sprache, Ethnie, Herkunft, Nationalität, Hautfarbe getroffen wird, sondern ob sich dahinter eine rassistische Kategorisierung verbirgt – bewusst oder unbewusst.

Diese damit ausgelöste Verschiebung des Blickwinkels von der « Opfer » – Kategorie zur diskriminierenden Kategorisierung hat zur Folge, dass die Bedeutung des Begriffes der Rassendiskriminierung an Klarheit gewinnt, und dass er damit konsequenterweise durch den Begriff der rassistischen Diskriminierung ersetzt werden müsste. Dies wiederum würde jedoch das Problem nach sich ziehen, dass im Verhältnis zum Begriff der ethnisch-kulturellen Diskriminierung eine Verengung des Geltungsbereiches des Diskriminierungsverbotes riskiert würde.

Beispielhaft illustriert wäre etwa denkbar, dass ein Kopfbedeckungsverbot an einer Schule zwar als ethnisch-kulturelle Diskriminierung, hingegen – m.E. fälschlicherweise – nicht als rassistische Diskriminierung qualifiziert würde, bzw. insgesamt indirekte Diskriminierungen nicht erfasst wären.

Der Nachteil des Begriffes der rassistischen Diskriminierung im vorliegenden Kontext ist somit, dass Ungleichbehandlungen, die nicht auf klassische rassistische Konstruktionen (z.B. Schwarze, Jüdinnen) zurückzuführen sind, sondern auf neue Phänomene (z.B. Rassismus gegenüber Ex-Jugoslawen, Muslimen, Türken) davon möglicherweise nicht erfasst würden.

²¹⁵ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 720; vgl. zudem KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechte, S. 365ff.; DÜRIG, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 3 Abs. 3, Rz. 61; SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar, Art. 8, Rz. 62; DANIEL THÜRER/BEAT DOLD, Rassismus und Rule of Law, EuGRZ 2005, S. 2; WALDMANN, Diskriminierungsverbote, S. 582f.

²¹⁶ Zur Kritik siehe LIEBSCHER, Rasse-Begriff.

So bedeutet etwa die Anforderung in einem Stelleninserat, Schweizerdeutsch zu sprechen, eine Diskriminierung, die nicht unter den Begriff der klassischen rassistischen Diskriminierung fällt, nach vorliegender Meinung jedoch dennoch rassistischer Natur sein kann, sofern dahinter eine kulturalistische oder biologistische Konstruktion steckt²¹⁷.

4. Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen

Jüngste Entwicklungen im US-amerikanischen Recht und seit Anfang der 2000er-Jahre auch im Unionsrecht – und mit Inkrafttreten des Behindertengleichstellungsgesetzes Anfang 2004 im schweizerischen Recht – tendieren in Richtung Ausweitung des materiellen Diskriminierungsbegriffes, der neben der direkten und indirekten Diskriminierung auch das Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen erfassen soll. Demnach liegt Diskriminierung auch dann vor, wenn gegenüber Menschen mit Behinderung nicht eine in concreto notwendige und angemessene Leistung erbracht wird, um eine faktische Benachteiligung (z.B. in Form einer medizinischen Beeinträchtigung oder einer strukturellen Behinderung) zu beseitigen bzw. zu verhindern²¹⁸. Ein Beispiel dafür ist die Pflicht, gehörlosen Menschen bei einem Gespräch mit Behörden eine Dolmetschung in Gebärdensprache zur Verfügung zu stellen²¹⁹.

Eingeführt und entwickelt wurde die Rechtsfigur der angemessenen Vorkehrungen 1972 in den USA und in Kanada als Verpflichtung, religiöse Praktiken zu tolerieren²²⁰. Im Kontext der Behinderung fand das Konzept erstmals Anwendung im US-Amerikanischen Rehabilitation Act aus dem Jahre 1973²²¹, weiterentwickelt wurde die Rechtsfigur schliesslich 1990 im Americans with Disabilities Act 1990. Vor Inkrafttreten der

²¹⁷ Vgl. hierzu etwa NAGUIB, Diskriminierungsschutz, S. 1246ff.

²¹⁸ Vgl. hierzu hinten, a.a.O.

²¹⁹ Vgl. hierzu die Beispielfälle 10, 15 und 20 auf der Homepage der Fachstelle Égalité Handicap: <http://www.egalite-handicap.ch/faelle-dienstleistungen.html> (Zugriff: 16. März 2011).

²²⁰ WADDINGTON, Reasonable Accommodation, S. 630. Erstmals explizit wurde die Rechtsfigur der « reasonable accommodation » im Civil Rights Act von 1964 in der revidierte Fassung von 1972 eingeführt im Zusammenhang mit der Pflicht der Arbeitgeber « to accommodate the religious practices of employees, as long as to do so did not cause undue hardship to the employer » (zitiert aus WADDINGTON, Reasonable Accommodation, S. 630). Analytisch handelt es sich freilich viel eher um einen Tatbestand der indirekten Diskriminierung.

²²¹ HENDRIKS, disabled persons, S. 58. Vgl. zudem The concept of Reasonable Accommodation in Selected National Disability Legislation – Background conference document prepared by the Department of Economic and Social Affairs UN-Doc. A/AC.265/2006/CRP.1 vom 7. Dezember 2005.

2000er-Antidiskriminierungsrichtlinien der EU war sie auf EU-Ebene einzig in Grossbritannien²²², Irland²²³ und Schweden²²⁴ gesetzgeberisch verankert.

Auf menschenrechtlicher Ebene hat der Sozialausschuss in seiner Allgemeinen Bemerkung Nummer 5 1994 festgestellt, dass die Vorenthaltung angemessener Vorkehrungen diskriminierend sein könne²²⁵. Vertragstextlich explizit eingeführt wurde der Begriff der angemessenen Vorkehrungen schliesslich mit Inkrafttreten der UNO-Behindertenkonvention 2007²²⁶. Demnach erfasst Art. 2 der UNO-Behindertenkonvention « ‚Diskriminierung auf Grund einer Behinderung‘ (...) alle Formen der Diskriminierung, einschliesslich der Verweigerung angemessener Vorkehrungen. ‚Angemessene Vorkehrungen‘ sind notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen, wenn sie in einem bestimmten Fall benötigt werden, um Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen den Genuss und die Ausübung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten zu gewährleisten ».

Im schweizerischen Recht sind seit Inkrafttreten des Behindertengleichstellungsgesetzes am 1. Januar 2004 der Bund sowie konzessionierte Unternehmen als Dienstleistungsanbieter verpflichtet, Benachteiligungen zu verhindern bzw. zu beseitigen, wenn der für Behinderte zu erwartende Nutzen nicht in einem Missverhältnis zu Interessen des Dienstleistungsanbieters bzw. der Dienstleistungsanbieterin steht²²⁷. Verfassungsrechtliche Grundlage dafür ist das in Art. 8 Abs. 2 BV verankerte und in Art. 8 Abs. 4 BV enthaltene materielle Gerechtigkeitselement, das materielle Anforderungen an Differenzierungen stellt²²⁸. Zwar wird der Begriff der angemessenen Vorkehrungen weder in der Bundesverfassung noch im Gesetz und in der Verordnung und in den Materialien erwähnt, hingegen richtet sich sowohl das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot als auch das behindertengleichstellungsrechtliche Benachteiligungsverbot in Kombination mit dem Verhältnismässigkeitsgebot unmittelbar am Konzept des leistungsbezogenen Ausgleiches materieller Benachteiligung aufgrund faktischer Nachteile an; dies ist letztlich identisch mit der Rechtsfigur der angemessenen Vorkehrungen ist²²⁹.

²²² Disability Discrimination Act 1995, 3A(2).

²²³ Employment Equality Act 1998, 16, und Equal Status Act 2000, 4.

²²⁴ Disability Discrimination Act 1999, 6.

²²⁵ ICESCR, General Comment No. 5, N 15.

²²⁶ Siehe dazu hinten, a.a.O. Sowie DEGENER, Vereinte Nationen, S. 58.

²²⁷ Art. 8 i.V.m. Art. 11 BehiG. Vgl. dazu zudem hinten, a.a.O.

²²⁸ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 67ff. Zur Beachtung von Ungleichheiten vgl. auch FLEINER/GIACOMETTI, S. 406 ; HAEFLIGER, Alle Schweizer, S. 56 ; WEBER-DÜRLER, Bedeutung, S. 164.

²²⁹ Vgl. dazu hinten, a.a.O. Aus der Praxis des Bundesgerichts zum Diskriminierungsverbot siehe zudem BGE 130 I 352.

5. Strukturelle Diskriminierung

Der Begriff der strukturellen Diskriminierung ist kein rechtlicher Begriff, sondern insbesondere aus den Sozialwissenschaften bekannt. Weil er jedoch aus integrationspolitischer Perspektive eine besondere Stellung einnimmt, da strukturelle Diskriminierungen sowohl quantitativ als auch qualitativ starke Integrationshindernisse darstellen, sollte er auch im rechtlichen Kontext Berücksichtigung finden. Strukturelle Diskriminierungen bezeichnen diejenigen Formen von Diskriminierungen gesellschaftlicher Gruppen, die in der Beschaffenheit der Struktur der Gesamtgesellschaft immanent begründet liegen. Den Gegensatz zu strukturellen Diskriminierungen stellen die interaktionellen Diskriminierungen dar. Ausgangspunkt von strukturellen Diskriminierungen sind demnach nicht einzelne, individuell abgrenzbare Diskriminierungshandlungen, sondern Normen und Regeln – rechtlicher oder nicht-rechtlicher Natur –, die durch ihre (oft neutrale) Anwendung in Form von Haltungen oder Handlungen gesellschaftliche Teilgruppen gravierender Ungleichbehandlung aussetzen.

Rechtlich bedeutsam sind strukturelle Diskriminierungen dann, wenn sie zugleich eine direkte oder indirekte Diskriminierung darstellen, so beispielsweise wenn innerhalb der Polizei(führung) eine Kultur der Akzeptanz gegenüber statistischem racial profiling praktiziert wird, was in vielen Einzelfällen zu ungerechtfertigter Diskriminierung von jungen, dunkelhäutigen Männern führen kann.

Ein weiteres Beispiel einer strukturellen indirekten Diskriminierung sind etwa Bau- und Raumplanungsvorschriften, die es untersagen, auf öffentlichen Grund zu campieren, wobei hier fahrende Menschen, die auf genügend Platz angewiesen sind, diskriminiert werden, sofern kein überwiegender sachlicher Grund vorliegt.

Eine rechtlich relevante strukturelle Diskriminierung liegt oft auch dem Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen zugrunde, so etwa wenn eine Arbeitgeberin aus Ressourcen- oder aus organisatorischen Gründen sich nicht in der Lage fühlt, einen gehörlosen Menschen einzustellen.

Eine grosse Anzahl von Ungleichheiten, die sozialwissenschaftlich als strukturelle Diskriminierung qualifiziert werden, sind weder direkte bzw. indirekte Diskriminierung noch ein Nichtergreifen angemessener Vorkehrung.

Ein Beispiel dafür ist die proportional unterdurchschnittliche Anstellung von Ausländer_innen-Gruppen oder Menschen mit spezifischer Behinderung, da diese aufgrund Diskriminierungen im Schulbereich eine qualitativ schlechtere Schulbildung genossen und damit letztlich auch für die auf dem Arbeitsmarkt angebotenen Stellen weniger qualifiziert sind und auf dem Arbeitsmarkt weniger kompetitiv auftreten können.

Strukturelle Diskriminierungen bauen daher oft auf einer Kette historisch fataler Ungleichheiten und Diskriminierungen auf, für deren weitere Zementierung niemand mehr rechtlich verantwortlich gemacht

werden kann. Die Durchbrechung dieser geradezu schicksalhaften Verkettungen lassen sich nicht über Nichtdiskriminierungsansprüche sondern einzig über gezielte Fördermassnahmen bewerkstelligen. Daher ist die strukturelle Diskriminierung insofern rechtlich relevant, als sie rechtliche Legitimation für das Ergreifen positiver Massnahmen sein kann.

6. Mehrdimensionale (ethnisch-kulturelle) Diskriminierung

Diskriminierungssachverhalte können sich auch auf mehr als nur eine Kategorisierung beziehen²³⁰. Vereinzelt wird gar darauf hingewiesen, dass Diskriminierung fast nie ein eindimensionaler Fall ist²³¹. Daher wird gefordert, das stereotype Modell des auf singuläre Diskriminierungsmerkmale beschränkten Blickwinkels zu relativieren²³². Auch zeigt sich, dass sich Diskriminierung in Form einer Interaktion zweier oder mehrerer unterschiedlicher Arten derselben Diskriminierungsdimension (intradimensionale Mehrdimensionalität²³³) manifestieren kann²³⁴. Auch hier gilt es also, genauer hinzusehen²³⁵.

Mehrdimensionale Diskriminierung ist in den Sozialwissenschaften in Anlehnung an antisexistische und antirassistische Praxen Resultat von Herrschaft im Sinne einer vielgestaltigen « Praxis von Unterdrückung auf der Grundlage mehrerer sich überlagernder Bedingungen²³⁶ (...) als ineinandergreifende Matrix von gesellschaftlich strukturierten Unterdrückungen und Ungleichheiten »²³⁷. Differenzierte Konzepte von Macht und Unterordnung beziehen die « Beweglichkeit multipler, simultaner und ambivalenter Positionen und Positionierungen » der Subjekte im komplexen Gewebe von Macht und Unterordnung in den Diskriminierungsbegriff mit ein²³⁸. Diese Konzeptualisierung der Verwobenheit der Subjekte in

²³⁰ Vgl. dazu BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 4 ; ZINSMEISTER, Mehrdimensionale Diskriminierung 2007 ; ALTHOFF, Diskriminierungen ; VERLOO, Multiple Inequalities, 2006 ; JURT/CAPLAZI, S. 29ff. ; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 234f. ; PÄRLI, Mehrfachdiskriminierung, S. 30.

²³¹ Mit Beispielen BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 4ff.

²³² NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 234. Vgl. zudem GERARDS, Discrimination Grounds, S. 171, die von « one-issue'problem » spricht.

²³³ Vgl. hierz NAGUIB, Mehrdimensionale Diskriminierung.

²³⁴ NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 236f. Vgl. zudem HANNETH 2003 ; SOLANKE 2009 ; HOLZLEITHNER, Mehrfachdiskriminierung 2010, S. 97. ; HOWARD, Race Directive, S. 21.

²³⁵ Zur Illustration der Notwendigkeit des geschärften Blickes vgl. auch die Analyse von Beispielen in SACKSOFSKY 2005 ; SCHIEK 2004, S. 68 ; HOLZLEITHNER, Mehrfachdiskriminierung 2010, S. 108ff. ; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung S. 236ff.

²³⁶ GÜMEN, Differenz, S. 49.

²³⁷ GÜMEN, Differenz, S. 81.

²³⁸ Vgl. dazu auch ROMMELSPACHER, Dominanzkultur, S. 23f.

machtbesetzten Positionen und Beziehungen sowie in Positionen der Unterordnung ist für die sozialwissenschaftliche Forschung über Diskriminierung grundlegend²³⁹.

Die Verwobenheit von Kategorisierungen wurde bis anhin im schweizerischen Rechtsdiskurs auf der Ebene der Rechtspraxis gänzlich ignoriert²⁴⁰ und deren rechtliche Relevanz von der Rechtswissenschaft noch wenig behandelt²⁴¹. Auf internationaler Ebene²⁴², in Mitgliedsländern der Europäischen Union²⁴³ und in anderen Staaten wie Kanada und die USA sind die Diskussionen auch unzureichend ausgereift aber immerhin etwas fortgeschrittener²⁴⁴. Daher konnte sich auch noch kein etabliertes Konzept mit entsprechend klaren Begrifflichkeiten herauskristallisieren²⁴⁵. Der Begriff der Mehrfachdiskriminierung taucht auch vorwiegend im Zusammenhang mit Frauendiskriminierung²⁴⁶ sowie jüngst in der Behindertenrechtskonvention mit der Diskriminierung von Kindern aufgrund ihres jungen Alters auf²⁴⁷.

Ursprung des (rechts-)wissenschaftlichen Nachdenkens über die Verwobenheit von Diskriminierungskategorien ist das Konzept der Intersektionalität von KIMBERLE W. CRENSHAW²⁴⁸. Sie kritisiert aufgrund rechtspraktischer Probleme den « single-axis-approach » und argumentiert anhand einer Analyse von Gerichtsentscheidungen zu Diskriminierungsfällen, dass wirksamer Rechtsschutz auf einem Konzept beru-

²³⁹ Vgl. dazu etwa HESS/LINDER, Antirassistische Identitäten, S. 48 ; KOSSEK, Rassismen und Feminismen, S. 13ff.

²⁴⁰ PÄRLI, Mehrfachdiskriminierung, S. 45ff. ; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 239ff. Gründe sind einerseits die möglicherweise noch wenig ausgebildete Sensibilität seitens der entscheidenden Behörden und der klagenden bzw. Beschwerde führenden Parteien sowie andererseits prozessökonomische Überlegungen der rechtsanwendenden Behörden (vgl. dazu mit Bezug auf die Anwendung des AGG BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 53ff.).

²⁴¹ Für eine grundsätzliche Betrachtung siehe JURT/CAPLAZI, doppelt ; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung ; PÄRLI, Mehrfachdiskriminierung ; TOBLER, Mehrfachdiskriminierung. Zudem gehen WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 573f ; SCHEFER/MÜLLER, Grundrechte, S. 679f ; BIGLER-EGGENBERGER, N 208 aus je spezifischer Perspektive kurz auf die Problematik ein.

²⁴² Auf universaler Eben stipuliert wurde das Konzept der « mehrdimensionalen Diskriminierung » etwa in der Behindertenrechtskonvention von 2006 in den Artikeln 6 und 7 (DEGENER, Vereinte Nationen, S. 58).

²⁴³ Die Europäische Kommission hat im Jahr 2007 eine Studie veröffentlicht, die eine Problembestandsaufnahme, exemplarische bewährte Praktiken sowie einige Empfehlungen enthält, mit denen Mehrfachdiskriminierungen begegnet werden soll. Zur Kritik der Problematik der unterschiedlichen EU-antidiskriminierungsrechtlichen Standards siehe z.B. BELL 2001, S. 25 ; FREDMAN 2001b, S. 158f. ; NIESSEN 2001b, S. 9 ; VICKERS 2006, S. 34f.

²⁴⁴ Zum Stand des EU-Rechts siehe z.B. HOLZLEITHNER, Mehrfachdiskriminierung 2010, S. 99ff.

²⁴⁵ HOLZLEITHNER, Mehrfachdiskriminierung 2010, S. 97ff. ; BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 1ff.

²⁴⁶ Zur Kritik der Hierarchisierung betreffend das EU-Antidiskriminierungsrecht siehe HOLZLEITHNER, Mehrfachdiskriminierung 2010, S. 100.

²⁴⁷ Siehe Art. 7 UNO-Behindertenkonvention, der den Versuch darstellt, die Kinderrechtskonvention in ihrer Gesamtheit für behinderte Kinder anwendbar zu erklären (DEGENER, Vereinte Nationen, S. 58).

²⁴⁸ CRENSHAW, Intersection.

hen muss, in der Diskriminierung nicht in Einzelteile zerlegt, sondern als komplexes Geschehen verstanden wird²⁴⁹. Crenshaw führt aus, dass *Schwarze* Frauen von intersektionaler Diskriminierung spezifisch betroffen seien, da sie durch Unternehmenspolitiken zu Einstellung, Beförderung, Entlassung und Entlohnung weder ausschliesslich als Schwarze noch als Frau benachteiligt werden, hingegen die Kombination ausschlaggebend ist für die Benachteiligung²⁵⁰. Crenshaw benutzt hierbei das Bild einer Kreuzung (« intersection »), an der zwei Diskriminierungsgründe (« race » und « sex ») zusammentreffen, was rechtlich erst begriffen werden müsse. Der benachteiligende Charakter einer Situation soll nicht dadurch rechtlich unanfechtbar werden, dass diese erst durch eine Kombination von Kategorien entsteht²⁵¹.

Die Autorin zielt mit ihrer Kritik auf die Ebene der Dogmatik, die aus einem allgemeinen Gleichheitssatz (in den USA dem 14th Amendment) unterschiedliche Schutzniveaus (« levels of scrutiny ») konstruiert und Menschen zwingt, sich einem von diesen exklusiv zuzuordnen²⁵². Dieses von Crenshaw entwickelte Konzept wurde auch in den Deutschen Sozialwissenschaften aufgegriffen²⁵³. Das aus sozialwissenschaftlicher Perspektive von KLINGER und KNAPP entwickelte und Crenshaw zugeneigte Konzept der Intersektionalität thematisiert « Achsen der Ungleichheit ». Es diskutiert aus gesellschaftstheoretischer Sicht Überschneidungen von strukturellen Ungleichheiten anhand der drei Achsen Klasse, Geschlecht und «Rasse»/Ethnizität²⁵⁴. Dabei geht es vorwiegend um « die direkte oder indirekte Benachteiligung durch Mechanismen, die in die Organisationsstruktur gesellschaftlicher Institutionen eingelassen sind, und so ohne ‚böse Absicht einzelner‘ Teilhabechancen ungleich verteilen. Sie finden statt im Ausbildungssystem auf dem Arbeitsmarkt, oder im Gesundheitssystem (...) und zeigt sich häufig erst im statistischen Gruppenvergleich »²⁵⁵.

Ein weiteres in Deutschland in den Gender Studies an der Humboldt-Universität entwickeltes Konzept begreift die Problematik der mehrdimensionalen Diskriminierung unter dem Begriff der « Interdependenzen » bzw. « interdependenten Kategorien » als eine wechselseitige Verschränkung der Diskriminie-

²⁴⁹ BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 8f. Vgl. dazu auch JURT/CAPLAZI, doppelt, S. 29 ; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 233, 236f. Für weitere Beispiele, die rechtspraktische Probleme illustrieren, siehe CRENSHAW 1989 ; FREDMAN 2008.

²⁵⁰ NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 233.

²⁵¹ HOLZLEITHNER, Mehrfachdiskriminierung 2010. Vgl. zudem DIES. 2008 ; MARKARD 2009 ; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 236 ; YOUNG 2007, S. 429.

²⁵² CRENSHAW, Intersectionality.

²⁵³ Für einen Überblick dazu vgl. ROMMELSPACHER, Intersektionalität ; BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 8ff.

²⁵⁴ KLINGER/KNAPP, 2007, S. 20.

²⁵⁵ SUPIK, 2008, S. 2.

rungsgründe von Anfang an²⁵⁶. Demzufolge liegt das Risiko von Intersektionalitätskonzepten wie das Konzept der « Achsen der Ungleichheit » in der Bestätigung der Vorstellung der stereotypen Norm von sich abgrenzbaren – da überschneidenden – Kategorien²⁵⁷. Die Herstellung von Kategorien erfolgt durch Sprache, indem Benennungspraktiken zur Kategorisierung von Menschen und damit immer sowohl zu Ein- als auch Ausschlüssen führen²⁵⁸.

Dieses Konzept der « Interdependenzen » lässt sich kaum fruchtbar machen für den juristischen Diskurs, da Antidiskriminierungsrecht voraussetzt, dass Kategorisierungen und damit auch tatsächliche oder zugeschriebene Kategorien benannt werden²⁵⁹. Wohl eher dient das Konzept der « Interdependenzen » einer Kritik an ex- und inkludierenden Folgen sprachlicher Benennungspraxen im Zusammenhang mit zugeschriebenen oder tatsächlichen « Identitätskategorien »²⁶⁰.

Neben dem rechtswissenschaftlichen sowie den beiden sozialwissenschaftlichen Vorschlägen steht das zurzeit in den Rechtswissenschaften am häufigsten rezipierte Konzept der Mehrfachdiskriminierung vom Rechtswissenschaftler MAKKONEN²⁶¹. Er unterscheidet zwischen « multiple discrimination », « compound discrimination » und « intersectional discrimination » als Oberbegriff²⁶². « Multiple Discrimination » meint nach Makkonen « a Situation in which one person suffers from discrimination on several grounds, but in a manner in which discrimination takes place on one ground at a time »²⁶³. Makkonen konzipiert daneben die « compound discrimination » als « a situation in which several grounds of discrimination add to each other at one particular instance: discrimination on the basis of one ground adds to discrimination based on another ground to create an added burden »²⁶⁴. Schliesslich ist nach Makkonen –

²⁵⁶ WALGENBACH 2007, S. 58.

²⁵⁷ WALGENBACH u.a. 2007, S. 9.

²⁵⁸ HORNSCHIEDT, 2007, S. 72 ; BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 19f.

²⁵⁹ Vgl. dazu auch NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 242. Demgegenüber differenzierter DERS., Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘; BAER, Postkategorialität; LIEBSCHER, Rasse-Begriff.

²⁶⁰ Vgl. dazu auch BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 21.

²⁶¹ Das Mitglied des von der Europäischen Kommission geprägten « European Network von Independent Experts in the Non-Discrimination Field » hat ein u.a. von der Europäischen Kommission genutztes Konzept vorgelegt (Europäische Kommission, 2007, S. 15ff.).

²⁶² Zu den Begrifflichkeiten siehe auch GERARDS, Discrimination Grounds, S. 171 ; SHOBEN, « Compound Discrimination », 795-5 ; HANNET, Intersections, 23 OJLS 68.

²⁶³ MAKKONEN, 2002, S. 10. Als Beispiel nennt Makkonen die Diskriminierung einer Frau mit Behinderung beim Zugang zu Karriere auf Grund ihres Geschlechts und beim Zugang zu einem Gebäude auf Grund ihrer Behinderung (vgl. dazu auch BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 23).

²⁶⁴ MAKKONEN, 2002, S. 11. Ein Beispiel dafür sei die Segregation des Erwerbsmarktes, nach der bestimmte Berufe als Frauenberufe, andere als Männerberufe betrachtet werden, aber gleichzeitig bestimmte Berufe auch als Beruf für Menschen mit bestimmten Migrationshintergründen, andere als Berufe für Weisse Deutsch ohne diese Migrations-

ausdrücklich im Anschluss an Crenshaw – die « intersectional discrimination » in einem engeren Sinn « such a situation in which there is a specific type of discrimination, in which several grounds of discrimination interact concurrently »²⁶⁵.

NAGUIB schliesst sich in seiner einblickartigen Darstellung zur rechtlichen Relevanz von Mehrfachdiskriminierung²⁶⁶ mit Bezug auf die Schweiz an das Konzept von Makkonen an und relativiert dieses zugleich in dreierlei Hinsicht: Zum einen hat für ihn die Mehrfachdiskriminierung im Sinne von Makkonen im Vergleich zum bereits bestehenden Konzept zur « eindimensionalen Diskriminierung » keine rechtliche Relevanz²⁶⁷. Rechtlich bedeutend sei hingegen zum anderen eine Unterscheidung zwischen additiver Diskriminierung und verstärkender Diskriminierung²⁶⁸. Zwar kämen bei beiden Formen der Mehrfachdiskriminierung mehrere Merkmale separat zum tragen; hingegen seien bei einer verstärkenden Diskriminierung im Unterschied zur additiven Diskriminierung die faktischen Auswirkungen entscheidend verstärkt²⁶⁹, was unter Umständen einen objektiven Einfluss auf die Rechtsfolgen habe²⁷⁰. Schliesslich betont Naguib den insbesondere aus beweisrechtlicher Sicht bedeutenden Typ der intersektionalen Diskriminierung²⁷¹ und weist das Augenmerk auf die spezifische intrakategoriale Dimension der intersektionalen Diskriminierung, d.h. dort wo sich die Verwobenheit der Diskriminierungs(unter)kategorien innerhalb desselben « Merkmals » – und eben nicht Merkmale übergreifend – manifestiert²⁷².

hintergründe gelten. Vgl. dazu den Fall *Nwoke vs. Government Legals Service & Civil Service Commissioners* (1996) 28 EOR 6.

²⁶⁵ MAKKONEN, 2002, S. 11. Als Beispiel wird die Zwangssterilisation von Frauen mit Behinderung angeführt. Weder Frauen ohne Behinderung noch behinderte Männer seien davon betroffen.

²⁶⁶ Auf die rechtliche Relevanz wird an dieser Stelle nur insoweit eingegangen, als es für die Darstellung der Diskussion über die Begrifflichkeiten von Bedeutung ist.

²⁶⁷ Der Begriff der *Mehrfachdiskriminierung* stellt für NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, vielmehr einen Oberbegriff für die verschiedenen Typen der Mehrfachdiskriminierung dar. Vgl. dazu auch BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 24ff.

²⁶⁸ Siehe auch Unterteilung auf www.mehrfachdiskriminierung.ch (Zugriff : 6. August 2010).

²⁶⁹ NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 235f. Als Beispiel für eine verstärkende Diskriminierung erwähnt Naguib eine junge Frau mit Behinderung, deren Lohn trotz gleicher Qualifikation niedriger ist als derjenige der Frauen ohne Behinderung, wobei Letztere wiederum weniger Lohn verdienen als die Männer. Demgegenüber stellt etwa der « Glimmer Man » -Fall eine typische additive Diskriminierung dar, da obwohl mehrere Merkmale für die Verweigerung des Einlasses in de Glimmer-Man Club ausschlaggebend waren, die Auswirkung (Ausgrenzung) objektiv – wenn auch nicht zwingend subjektiv – gleich bleibt, unabhängig von der Addition.

²⁷⁰ NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 238f. Ebenso SCHIEK-Schiek, § 4 AGG Rn. 9.

²⁷¹ NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 239.

²⁷² NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung, S. 235ff.

BAER/BITTNER/GÖTTSCHE verwerfen demgegenüber das Konzept Makkonens und plädieren für den Begriff der mehrdimensionalen Diskriminierung²⁷³. Es sprächen verschiedene Argumente gegen eine weitere systematische Differenzierung in Unterfälle. Die Autorinnen begründen dies im Wesentlichen mit der Andersartigkeit jeder Diskriminierung. So werde jede Diskriminierung « individuell erlebt, und fast alle sind mehrdimensional, auch wenn nicht immer alle Dimensionen gleichermassen gewichtig sind »²⁷⁴. Versuche, mehrdimensionale Diskriminierung in klar abgrenzbare Typen zu unterteilen, seien eine weitgehend unnötige, und so paradox es klingen möge, auch eine gefährlich vereinfachende Verkomplizierung. Kategorisierungen seien stets auf komplexe Art und Weise miteinander verwoben, voneinander abhängig, eben interdependent. Aus rechtspraktischer Sicht sei der Blick auf die mehrdimensionale Dimension der Diskriminierung insbesondere aus der Perspektive der Beweisführung und Rechtfertigung von Bedeutung. Mit überzeugenden Argumenten halten sie die Unterscheidung zwischen additiver und intersektionaler Diskriminierung aufgrund oft geforderter (quasi-prinzipiellen) Unterschieden bei der Höhe der Entschädigung für nicht notwendig²⁷⁵ und plädieren für einen einzigen Begriff, nämlich der mehrdimensionalen bzw. der intersektionellen Diskriminierung.

Fazit: Gemeinsam ist allen Konzeptionen, dass (ethnisch-kulturelle) Diskriminierung auch verwoben mit anderen Diskriminierungsdimensionen wie etwa Behinderung, Geschlecht, Alter und soziale Stellung vorkommt. Dies ermöglicht der integrationspolitischen Perspektive eine bedeutende Ausweitung des Blickwinkels für wirksame Massnahmen zum Abbau von Integrationshemmnissen.

Denn Diskriminierungen von Frauen spezifischer Herkunft sind anders geartet als Diskriminierung der Männer gleicher Herkunft, wobei es jeweils wiederum unterschiedliche Aspekte zu berücksichtigen gilt, wenn die jeweiligen statistischen Untergruppen eine Behinderung aufweisen, der oberen oder unteren sozialen Klasse zugehören, fahrend oder sesshaft, schwul, lesbisch oder transident sind. So genügt es aus einer integrationspolitischen Perspektive beispielsweise nicht, wenn Beratungsangebote nur für männliche, bildungsnahe, relativ gut integrierte Menschen ohne Behinderung zugänglich sind²⁷⁶, für den überwiegenden Rest der unterprivilegierten Ausländer_innen hingegen nicht oder nur erschwert.

²⁷³ BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 24ff. Zur Kritik der « additiven » Kategorie der mehrdimensionalen Diskriminierung siehe UCCELLARI 2008, S. 25 ; HOLZLEITHNER, Mehrfachdiskriminierung, S. 97f.

²⁷⁴ BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 28.

²⁷⁵ BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 55ff.

²⁷⁶ Zur mehrdimensionalen Diskriminierung von Menschen mit Behinderung vgl. etwa NAGUIB, Mehrdimensionale Diskriminierung.

7. Assoziationsdiskriminierung

Seit jüngster Zeit entwickelt sich in Anlehnung an das « common law » die Rechtsfigur der « assoziierten Diskriminierung » (« Discrimination by Association »)²⁷⁷ bzw. der « Assoziationsdiskriminierung ». Im Juli 2008 stellte der EuGH in seiner Entscheidung *Coleman* zu einem arbeitsrechtlichen Fall fest, dass das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung nicht auf Personen beschränkt ist, die selbst behindert sind. Erfährt ein Arbeitnehmer, der nicht selbst behindert ist, durch einen Arbeitgeber eine weniger günstige Behandlung, als ein anderer Arbeitnehmer in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde, und ist nachgewiesen, dass die Benachteiligung des Arbeitnehmers wegen der Behinderung seines Kindes erfolgt, für das er im Wesentlichen die Pflegeleistung erbringt, deren es bedarf, so verstößt eine solche Behandlung gegen das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung²⁷⁸.

Nicht abschliessend geklärt ist, ob in der diskriminierenden Handlung sowohl eine Diskriminierung der Drittperson als auch eine Diskriminierung der unmittelbar betroffenen Person vorliegt. Während der EuGH in seiner *Coleman*-Entscheidung hervorhebt, dass eine Diskriminierung vorliegt, wenn jemand wegen einer, also nicht notwendig wegen seiner Behinderung diskriminiert wird, ist der Generalanwalt Maduro in seinen Ausführungen weniger präzise²⁷⁹. Nach der hier vertretenen Auffassung erfasst das Konzept der assoziierten Diskriminierung primär den Schutz der von der Diskriminierung mittelbar²⁸⁰ betroffenen Person. Zudem ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob auch die Drittperson durch die diskriminierende Handlung diskriminiert ist.

Das Verbot der assoziierten Diskriminierung setzt voraus, dass zwischen der Person, die Merkmalsträgerin ist und der diskriminierten Person eine Verbindung besteht, wobei die Kriterien der entsprechenden Verbindung noch ungeklärt sind²⁸¹. In der Literatur wird vertreten, dass eine irgendwie geartete besondere Beziehung zwischen dem Merkmalsträger und dem Diskriminierten nicht erforderlich ist. Erforderlich und ausreichend ist, dass die betroffene Person benachteiligt wird, weil eine Drittperson Träger_in einer Diskriminierungsdimension ist, unabhängig davon, ob sie zur Drittperson eine Nähebeziehung aufweist.

²⁷⁷ Vgl. hierzu SUTSCHET, Assoziierte Diskriminierung.

²⁷⁸ Rechtssache C-303/06, *Coleman v. Attridge Law, Steve Law*.

²⁷⁹ Generalanwalt Poares Maduro, Schlussantrag 31.1.2008 EuGH – Rs. C-303/06: « (...) Tatsächlich wird die Würde einer Person mit einem fragwürdigen Merkmal ebenso angegriffen, wenn sie unmittelbar diskriminiert wird, wie wenn sie sieht, dass ein anderer nur wegen der Verbindung zu ihr diskriminiert wird. Auf diese Weise geschieht der Person, die das unmittelbare Opfer der Diskriminierung ist, nicht nur selbst ein Unrecht, sondern sie wird auch zum Mittel, durch das die Würde der Person, die in die fragwürdige Kategorie fällt, untergraben wird ».

²⁸⁰ Ein mittelbares Betroffensein ist nicht zu verwechseln mit dem Begriff der mittelbaren Diskriminierung. Zum Letzteren siehe vorne, a.a.O.

²⁸¹ DE SCHUTTER, Report 2004, S. 13, 19 ; GERARDS, Discrimination Grounds, S. 169.

Illustrativ lässt sich dies anhand drei bekannter Fälle aus England zeigen: *Zarczynska v. Levy*²⁸², *Showboat Entertainment Centre Ltd. v. Owens*²⁸³ und *Wethersfield Ltd. v. Sargent*²⁸⁴.

In all diesen Fällen ging es darum, dass ein Arbeitgeber seine (Weissen) Arbeitnehmer angewiesen hatte, dunkelhäutige Kunden nicht zu bedienen; in allen Fällen war ein Arbeitnehmer, der sich weigerte, der Weisung Folge zu leisten, deswegen entlassen worden. Die gegen die Kündigungen gerichteten Klagen waren in allen Fällen erfolgreich. Zwar war der Arbeitnehmer nicht wegen seiner Hautfarbe diskriminiert worden, sondern aus Gründen, die mit der Hautfarbe der Kunden in Zusammenhang standen. Das aber war dem Employment Appeal Tribunal ausreichend. Liegt der Grund der Kündigung in der Hautfarbe einer anderen Person, ist die Kündigung ebenso aus rassistischen Gründen (« racial grounds ») erfolgt, so das Gericht in seiner Begründung²⁸⁵.

Bis anhin gibt es keine vertiefte Untersuchung zu Entstehung, Entwicklung und Tragweite der Rechtsfigur der assoziierten Diskriminierung. Klar ist, dass die überwiegende Mehrheit der Staaten bis anhin weder in Praxis noch Gesetzgebung eine präzise Position dazu entwickelt haben²⁸⁶. Ausdrücklich erwähnt ist das Konzept etwa im Equal Status Act 2000 (bzw. im revidierte Equality Act 2004 und im Equality Act 2010)²⁸⁷. Hingegen zeigt sich, dass die assoziierte Diskriminierung nicht bloss hinsichtlich der Dimension Behinderung von Bedeutung ist, sondern auch andere Dimensionen – etwa ethnisch-kultureller Natur – miterfasst²⁸⁸.

So beschwerte sich im Frühsommer 2006 eine Frau bei der EKR über ihren Vorgesetzten, der sich seit Jahren über dunkelhäutige Menschen und Ausländer rassistisch äusserte mit Worten wie « Nigger », « Huere Vagante », « Schwarze Grind muesch ha de geits der guet », « elende Österreicher ». Nachdem dieser ein Bild ihres dunkelhäutigen Mannes auf ihrem Pult bemerkte, beginnt er sie zu meiden und setzt sie einem schwerwiegenden Mobbing aus²⁸⁹.

Abschliessend bleibt noch die Unsicherheit betreffend die Frage zu erwähnen, ob und inwiefern der EuGH das Konzept auch auf die Rechtsfiguren der mittelbaren Diskriminierung und der angemessenen Vorkehrungen ausweitet.

²⁸² *Zarczynska v. Levy*, (1979) 1 All England Law Reports (All ER) 814.

²⁸³ *Showboat Entertainment Centre Ltd. v. Owens*, 1984 1 all ER 836.

²⁸⁴ *Weathersfield Ltd (t/a Van & Truck Rentals) v. Sargent*, (1999) Industrial Cases Reports (I.C.R.) 425.

²⁸⁵ Zum Fall siehe SUTSCHET, Assoziierte Diskriminierung, S. 253f.

²⁸⁶ GERARDS, Discrimination Grounds, S. 169.

²⁸⁷ No. 8/2000, No. 24/2004.

²⁸⁸ SUTSCHET, Assoziierte Diskriminierung, S. 245-256, 249.

²⁸⁹ TANGRAM 19, S. 13.

8. Beurteilung im Lichte des VE-IntG

Im Vorentwurf des kantonalen Integrationsgesetzes wird der Begriff « Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft »²⁹⁰ bzw. derjenige der « ethnisch-kulturellen Diskriminierung » verwendet²⁹¹. Wie die Erläuterungen gezeigt haben, weist der Begriff der « ethnisch-kulturellen Diskriminierung » drei Hauptnachteile auf: Erstens ist er weder im Völkerrecht noch im schweizerischen Verfassungsrecht etabliert, zweitens wird ihm mangelhafte sprachliche Präzision vorgeworfen, drittens erfasst er diejenigen Formen rassistischer Diskriminierung nicht, welche auf biologistische Konstruktionen zurückgeführt werden. Der letzte Kritikpunkt gilt im Besonderen für die in Art. 2 lit. g und Art. 15 Abs. 2 VE-IntG verwendete Begrifflichkeit « Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft », da diese explizit auf die Herkunft abstellt und somit etwa Diskriminierungen aufgrund der Hautfarbe, der Haarpracht oder anderweitige Formen biologistisch-rassistischer Diskriminierung nicht zweifelsfrei erfasst.

Weiter sind folgende drei Nachteile zu erwähnen: Aus einer theoretischen Perspektive betrachtet orientiert sich der Begriff der « ethnisch-kulturellen Diskriminierung » im Vergleich zum Begriff der « rassistischen Diskriminierung » zu stark auf die Diskriminierungs-betroffenen und nicht auf den diskriminierenden Prozess bzw. die Diskriminierungsursachen und -urheber_innen. Aus dem Blickwinkel der Integrationspolitik bedeutet dies, dass dadurch die Strukturen (als die eigentlichen Integrationshemmnisse) vernachlässigt werden. Weiter führt die Eingrenzung des Diskriminierungsbegriffes auf den Dimensionenkomplex « ethnisch-kulturell » zu einer erheblichen Abschwächung der Integrationspolitik, da damit etwa Diskriminierungen wegen des Alters, einer Behinderung und des Geschlechts – mit Ausnahme der mehrdimensionalen ethnisch-kulturellen Diskriminierung – nicht erfasst werden; dies obwohl sie bedeutende Integrationshemmnisse darstellen. Problematisch ist zudem drittens die hinter dem Begriff « ethnisch-kulturell » eingeschriebene essentialistische Kulturalisierung von Ethnie bzw. Kultur²⁹².

Gegenüber diesen relativ gewichtigen Nachteilen hat der Begriff der « ethnisch-kulturellen Diskriminierung » den Vorteil, dass er im Vergleich zu einer Aufzählung der verschiedenen Diskriminierungsdimensionen (Herkunft, Nationalität, ethnische Zugehörigkeit, « Rasse », Religion, allenfalls auch fahrende Lebensform und Sprache) diejenigen Diskriminierungsdimensionen, die den kulturalistisch-rassistischen Typus der Diskriminierung betreffen, in der Begrifflichkeit « ethnisch-kulturell » zusammenfasst. Zudem verzichtet der Begriff der « ethnisch-kulturellen Diskriminierung » im Vergleich zu demjenigen der « Rassendiskriminierung » auf die problematische Benennung der Dimension « Rasse ».

²⁹⁰ Vgl. hierzu Art. 1 lit. g, 15 Abs. 1 VE-IntG.

²⁹¹ Vgl. hierzu Art. 2 Abs. 2, 7 Abs. 1, 13, 17 Abs. 5, 18 Abs. 1, 20, 21 Abs. 1, 21 Abs. 2 lit. I, 25 Abs. 2 lit. b VE-IntG.

²⁹² TERKESIDIS, Interkultur, S. 120.

Trotz der gewichtigen Nachteile gibt es keine analytisch überzeugenden und zugleich praktikablen Alternativen. Die bereits etablierten juristischen Begrifflichkeiten « Rassendiskriminierung » und « rassistische Diskriminierung » oder die Aufzählung im Sinne von « Diskriminierung wegen/aufgrund ... » weisen – wie bereits teilweise dargestellt – auch problematische Züge auf. So suggeriert auch die Version der Aufzählung (« Diskriminierung wegen rassistischer, ethnischer oder religiöser Merkmale »), dass es sich um scheinbar klare Merkmale handelt, die Grund für eine Diskriminierung sind. Oft sind aber weniger die Merkmale klar, noch sind sie Grund: vielerlei ist eine Diskriminierung auch dann gegeben, wenn andere Gründe vorliegen bzw. die angesprochenen Diskriminierungsdimensionen nur zugeschrieben sind und nicht vorliegen.

Die Begrifflichkeit der rassistischen Diskriminierung wiederum, die den Vorteil hat, dass sie das eigentliche Problem analytisch am präzisesten zu erfassen vermag, führt zu gewissen praktischen und Schwierigkeiten. Weil die rassistische Diskriminierung einen im Rechtsdiskurs kaum verwendeten Begriff darstellt, entstünde quasi eine juristische Parallelbegrifflichkeiten, die zu Rechtsunsicherheit führen kann. Auch wenn eine solche m.E. dem Rechtsdiskurs durchaus konstruktive und hilfreiche Impulse verleihen könnte, ist es aus Praktikabilitätsgründen nicht zwingend empfehlenswert, eine performativ-subversive Begriffskonstruktion einzuführen.

Die einzige Lösung, die mit überschaubaren begrifflichen Defiziten belastet ist, wäre die Verwendung des Begriffes der Diskriminierung. Dies würde jedoch eine bedeutende Ausweitung des Geltungsbereiches nach sich ziehen, da mit ihm auch Diskriminierungen wegen einer Behinderung, des Alters, der sozialen Stellung, des Familienstatus, der fahrenden Lebensform, der Weltanschauung etc. erfasst wären. Die Ausweitung wird zwar an dieser Stelle aus der Perspektive einer kohärenten Integrationspolitik empfohlen, ist aber möglicherweise politisch nicht realisierbar. Als Argument für und zugleich gegen die Ausweitung könnte angeführt werden, dass die Diskriminierungsbekämpfung wegen anderen als ethnisch-kulturellen Dimensionen ohnehin implizit vom Integrationsgesetz erfasst ist.

Fazit: Wird der Begriff nicht auf « Diskriminierung » ausgeweitet, ist es ratsam, den Begriff der « ethnisch-kulturellen Diskriminierung » beizubehalten. Empfohlen wird hingegen, die fehlende Präzisierung im Rahmen einer Definition im Gesetz oder in der Verordnung nachzuholen. Damit keine Missverständnisse entstehen, ist zudem die in Art. 1 lit. g VE-IntG verwendete Begrifflichkeit der Diskriminierungen wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft durch den Begriff der ethnisch-kulturellen Diskriminierung zu ersetzen. Darüber hinaus sollte der Begriff der mehrdimensionalen Diskriminierung berücksichtigt werden, da nur so die Komplexität ethnisch-kultureller Diskriminierungen erfasst wird.

D. Schutzkonzept(e)

In Literatur und Praxis werden unterschiedliche Positionen vertreten, welches Schutzgut (1) und welche Schutzrichtung (2) im Fokus des antidiskriminierungsrechtlichen Schutzkonzeptes stehen. Dabei lässt sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur mehrheitlich nicht ein « Entweder-Oder » erkennen, d.h. ein prinzipieller Positionsbezug ausschliesslich zugunsten des einen (bzw. der einen) oder des anderen (bzw. der anderen) Schutzgutes bzw. Schutzrichtung feststellen. Vielmehr werden die Positionsbezüge in der Regel flexibel ergriffen und der jeweiligen Problemstellung angepasst, d.h. ein « Sowohl-als-Auch » akzeptiert bzw. graduelle und problembezogene – und nicht prinzipielle – Gewichtungen zugunsten der einen oder der anderen Konzeption vorgenommen.

1. Schutzgüter

a. « Gleichheit und Differenz »

Eines der zentralen Schutzgüter von Diskriminierungsverboten ist die Gleichheit (bzw. Gleichwertigkeit) in der Differenz. Diskriminierungsverbote sind also Gleichheits- und Differenzierungsgebote zugleich. Was auf den ersten Blick wie ein Widerspruch aussehen vermag, ist im Kern das zentrale Element des Diskriminierungsschutzes. Diskriminierungsverbote verpflichten einerseits dazu, Menschen nicht aufgrund stereotyper Zuschreibungen ihres « Da- und Seiseins » ungleich zu bewerten, was wiederum gebietet, tatsächliche und zugeschriebene Differenzen – sowohl beim Individuum als auch in den gesellschaftlichen Strukturen – angemessen zu berücksichtigen, so dass eine Gleichbehandlung in ihrer Auswirkung nicht zu einer Benachteiligung von gewissen Lebensformen führt²⁹³. Diskriminierungsverbote binden sowohl die Gesetzgeberin als auch den Rechtsanwender dazu, in Anlehnung an den allgemeinen Gleichheitssatz, Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln²⁹⁴.

So machte das Bundesgericht in seinem Entscheid 117 Ia 311 deutlich, dass im Rahmen der organisatorischen und inhaltlichen Ausgestaltung der Schulpflicht Differenzen, die auf Ausübung der Religionszugehörigkeit zurück zu führen sind, auch entsprechend angemessen berücksichtigt werden müssen. Konkret hielt das Gericht fest, « dass der Kanton die religiösen Freiheiten durch die Festlegung von Bürgerpflichten einschliesslich der Pflicht zum Schulbesuch nicht weiter einschränken darf, als dies auch vom öffentlichen Interesse geboten und verhältnismässig ist ». Aus diesem Grunde müssten relativ grosszügige Dispensationen möglich sein, bzw. auf die ernsthaften Anliegen religiöser Minderheiten Rücksicht genommen wird.

²⁹³ Siehe hierzu auch die Unterscheidung von direkter und indirekter Diskriminierung vorne, a.a.O.

²⁹⁴ Zum Ganzen siehe RIEDER, S. 45; MÜLLER/SCHEFER, S. 654f.; WEBER-DÜRLER, Gleichheit, in: Merten/Papier, Handbuch, § 210, Rz. 11.

Eine angemessene Berücksichtigung tatsächlicher und zugeschriebener Differenzen bedeutet nun aber nicht, dass Differenzen naturalisiert oder kulturalisiert werden dürfen. Vielmehr verpflichtet das Gebot der Differenzierung dazu, einen achtsamen Blick auf tatsächliche biologische und kulturelle Differenzen von individuellen Menschen zu werfen und dabei ebenso konstruierte gesellschaftliche Realitäten herauszufiltern und differenziert zu berücksichtigen, ohne dabei Stereotype erneut festzuschreiben²⁹⁵.

So zeigt sich etwa am oben genannten Beispiel zur Schuldispensation die Problematik, dass über die gut gemeinte Lösung der Berücksichtigung religiöser Bedürfnisse im Rahmen der Schulorganisation auch Stereotypen über genau diese Religion(en) zementiert werden, weil sie eben eine auf die jeweilige Gruppe zugeschnittene Sonderlösung darstellt. Ein differenzierter Umgang mit der Differenz würde hingegen bedeuten, dass Schulrecht sich so organisiert, dass man Lösungen nicht über Sondergenehmigungen anstrebt, sondern die Strukturen grundsätzlich anpasst, so dass bei zentralen Elementen der Lebensführung alle kulturellen Richtungen ihren Platz einnehmen können. Denn nur so wird Differenz zum alle Individuen treffenden (d.h. natürlichen) Normalfall und verschwindet als Sonderlösung, « die es jetzt halt auch noch zu berücksichtigen gilt »²⁹⁶. Somit wird der im Schaufenster präsentierte *Sonderfall der « abnormalen religiösen Spezialbedürfnisse »* zum unsichtbaren *Normalfall des « individuellen Da- und Soseins jedes einzelnen Menschen »* und damit Differenz normalisiert.

An einem anderen Beispiel illustriert bedeutet eine Betrachtung der Differenz als Normalfall etwa für ein gehörloses Kind, dass es nicht als ein in die Regelschule zu integrierender Sonderfall stigmatisiert, sondern vielmehr als normales Kind begriffen wird, das die Schulstrukturen gleichberechtigt mitprägt. Gleichheit und Differenz bedeutet hier gemeinsames Gestalten von Verhältnissen und Entscheidungen an der Schule von Anfang an (d.h. Inklusion) und nicht ein nachträgliches krampfhaftes Integrieren eines « Fremdkörpers » in eine gewachsen-exkludierende Schulstruktur, « weil man dies halt so tun muss »²⁹⁷ (d.h. Integration oder gar Assimilation).

b. Menschenwürde

Diskriminierungsverbote sind keine allgemeinen Gleichheits- und Differenzierungsgebote, sondern knüpfen als eine grundrechtliche Antwort an historische Erfahrungen der Ausgrenzung, Herabwürdigung und

²⁹⁵ Vgl. dazu den kritischen Ansatz der Postkategorialität bei BAER, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht ; und LIEBSCHER, Rasse-Begriff, bzw. der Postkategorialen ‚Gleichheit und Differenz‘ bei NAGUIB, postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘.

²⁹⁶ Fiktives Zitat.

²⁹⁷ Vgl. hierzu etwa auch die problematische Äusserung von Suzette Sandoz in NZZ am Sonntag vom 14. März 2011; und die Antwort von Matthias Büttikofer in NZZ am Sonntag vom 21. März 2011.

Stigmatisierung²⁹⁸ von Menschen allein wegen ihrer tatsächlichen oder mutmasslichen Zugehörigkeit zu einer bestimmten gesellschaftlichen Gruppe bzw. aufgrund tatsächlicher oder ihnen zugeschriebener Merkmale (wie Klasse, Geschlecht, sexuelle Orientierung, ethnische Zugehörigkeit, Religion, nationale Herkunft, Behinderung, Alter, fahrende Lebensform etc.). Daher werden sie nach Auffassung der überwiegenden Mehrheit in der Literatur und Gerichtspraxis von der Einsicht getragen, dass Diskriminierungsverbote in erster Linie vor entwürdigenden Ungleichbehandlungen schützen²⁹⁹.

Beispielhaft illustriert kann sich also ein junger Mann nicht auf den Diskriminierungsschutz stützen, wenn ihm bei Ligaspielen seines Basketballteams untersagt wird, eine Baseballcap zu tragen. Anders sieht die Situation hingegen bei einer Frau aus, die aus religiösen Gründen auch während des Basketballspiels nicht auf ihr eng anliegendes Kopftuch verzichten möchte³⁰⁰.

Diskriminierungsverbote tragen der historischen Erfahrung Rechnung, dass insbesondere mit der « Zugehörigkeit » zu nicht oder kaum frei wählbaren « Gruppen » die Gefahr einhergeht, dass ihre Mitglieder gesondert behandelt und ihnen letztlich die Anerkennung als vollwertige Mitglieder der Gesellschaft versagt wird³⁰¹. Sie richten sich gegen einfache Grenzziehungen zwischen unterschiedlichen, intern je als homogen vorgestellten gesellschaftlichen Gruppen³⁰², sondern öffnen die Sicht auf die konkurrierenden, vielfältigen, auch individuell gewählten Zugehörigkeiten eines Menschen³⁰³.

c. Autonomie

Der Schutz der « Gleichheit und Differenz » und der Schutz der Würde in der « Gleichheit und Differenz » sind eng mit der Frage der Autonomie verknüpft. Denn Diskriminierungen sind oft ein Produkt bewusster oder unbewusster Ausübung von Macht, die bewirkt, dass Menschen in ihrer Autonomie massgeblich

²⁹⁸ Vgl. dazu etwa BGE 130 I 352, E6.1.1 S. 357 (Sonderschule Glarus); 130 I 26 E6.3.3.4. S. 54 (Ärzttestopp); 106 Ib 182 E4a S. 188f. (Henggeler); MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 684; TSCHANNEN/KIENER, S. 412; PETERS, Diskriminierungsverbote, § 211, Rz. 7.

²⁹⁹ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 684.

³⁰⁰ Zum Fall siehe Neue Luzerner Zeitung online vom 11. März 2011, Kopftuch: Basketballspielerin gibt nicht auf, <http://www.urnerzeitung.ch/zentralschweiz/kantone/luzern/art92.81480> (Zugriff: 18. März 2011). Zur rechtlichen Problematik des Falles PHILIPP WÜEST, Schranken der Verbandsgewalt gegenüber Sportlern am Beispiel des Kopftuchverbots im Basketball, in: Jusletter 25. Oktober 2010.

³⁰¹ KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 358.

³⁰² Vgl. dazu SEN, S. 10f.

³⁰³ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 685.

eingeschränkt sind³⁰⁴. Entstehungsgeschichte und Begriffsdefinitionen von Diskriminierungen beschreiben denn auch ein Bild der herrschaftsförmig strukturierten Gesellschaft, welches durch ein Geflecht sich überschneidender und gegenseitig durchdringender Machtverhältnisse gekennzeichnet ist³⁰⁵. In diesem Sinne umfasst der Diskriminierungsschutz auch den Schutz minimaler Autonomie, sofern diese durch Diskriminierungen beeinträchtigt ist, wobei sich die Autonomiebeeinträchtigung in zweierlei Hinsicht manifestieren kann.

Erstens wird den von Diskriminierung betroffenen Menschen die Chance genommen, sich im Diskriminierungskontext als nicht stereotype Person darzustellen³⁰⁶.

Wird beispielsweise einem Mann aufgrund seines Alters, seines Geschlechts und seiner Herkunft der Einlass in ein Lokal verwehrt (mehrdimensionale Diskriminierung), wird ihm zugleich die Möglichkeit entzogen, sich als Individuum zu präsentieren, das dem stereotypen Bild bzw. dem Vorurteil gerade nicht entspricht³⁰⁷.

Auf einer zweiten Ebene zeigt sich die Autonomiebeschränkung darin, dass durch die Diskriminierung die betroffene Person unter Umständen vom Zugang zu Ressourcen ausgeschlossen oder dieser erheblich erschwert wird.

So bedeutet die diskriminierende Einbürgerungsverweigerung zugleich einen andauernden Ausschluss von der politischen Mitbestimmung.

Besonders problematisch ist die Autonomiebeschränkung, wenn sie elementare – oder gar existenzielle – Bereiche der Lebensführung betrifft.

Beispielsweise können Diskriminierungen bei der Einschulung und der Beurteilung von Laufbahnentscheidungen zu besonders schwerwiegenden Beeinträchtigungen im späteren Erwerbsleben führen. Ebenso problematisch sind etwa die Bereiche des Erwerbsleben und des Wohnens, die beide existenzielle Lebensbedürfnisse abdecken.

Zu gravierenden Autonomiebeschränkungen führen auch Diskriminierungen, die nicht durch einzelne Marktanbieterinnen, sondern durch eine ganze Branche realisiert werden: so etwa in der Versicherungsbranche bei

³⁰⁴ Vgl. hierzu etwa BESSON, *L'égalité horizontale*, N 357ff., zum Konzept der Autonomie im Antidiskriminierungsrecht im Verhältnis zwischen Privaten. Siehe zudem BELSER, *Freiheit und Gerechtigkeit*, S. 91ff., zur strukturellen Schwächung von Vertragsparteien durch diskriminierendes Verhalten der überlegenen Partei.

³⁰⁵ Vgl. dazu vorne, a.a.O. Zudem HESS/LINDER, *Antirassistische Identitäten*, S. 37-48.

³⁰⁶ Vgl. hierzu BRITZ, *statistische Diskriminierung* (hinten, a.a.O.).

³⁰⁷ Für eine Einsicht in die Problematik der Einlassverweigerung siehe Tangram 18, *Öffentlicher Raum*, S. 93ff.

Motorhaftpflichtversicherungen, die nach Nationalität selektionieren, oder bei Krankenzusatzversicherungen, die systematisch Menschen mit spezifischen Behinderungen ausschliessen.

Autonomie ist neben der Würde und der Differenz in der Gleichheit insofern ein zentrales Gut des Diskriminierungsschutzes, als er sich bis zu einem gewissen Grade gegen schwerwiegende Autonomiebeschränkungen richtet, dies im Sinne eines Schutzes gegen Autonomieverluste durch Diskriminierung³⁰⁸.

Werden etwa ungerechtfertigt Fragen zum Geschlecht, zur sexuellen Orientierung, zum ethnischen, nationalen, regionalen oder religiösen Hintergrund gestellt, kann die bewerbende Person die Frage unrichtig beantworten, ohne dabei mit juristischen Konsequenzen rechnen zu müssen³⁰⁹. Zweck der Regelung ist die Verhinderung des Autonomieverlustes einer bewerbenden Person.

Erlebt sich ein Diskriminierungsopfer als autonome Person, hat dies massgeblichen Einfluss auf eine strukturelle Stärkung der Autonomie Diskriminierungsbetroffener insgesamt, so etwa auf die Identitätenbildung, die wiederum im Sinne einer positiven Dynamik auf Strukturen wirkt, so dass der stigmatisierte Jugendliche aus Ex-Jugoslawien (Stichworte: « Balkan-Raser », Jugendgewalt) es als lohnend erachtet, sich in der hiesigen Gesellschaft zu engagieren³¹⁰.

2. Schutzrichtung

Eng mit dem Schutzgut hängt die diskriminierungsschutzrechtliche Schutzrichtung zusammen. Sowohl das Schutzgut als auch die Schutzrichtung bestimmen, ob und inwiefern Diskriminierungsverbote zur Anwendung gelangen. In Abgrenzung zum Schutzgut, dessen Verletzung in erster Linie Indikator für eine vorliegende rechtliche oder tatsächliche Diskriminierung ist, weist die Schutzrichtung demgegenüber primär darauf hin, wie der Diskriminierungsschutz aktiv auszugestalten ist und welche rechtlichen Konsequenzen eine Rechtsverletzung nach sich zieht.

So hängt etwa die Frage, ob die Bevorzugung der Stellenbewerbung einer jungen Frau mit Migrationshintergrund als Diskriminierung des gleich qualifizierten älteren Schweizer Bewerbers zu qualifizieren ist, einerseits davon ab, ob damit eine Verletzung der Rechtsgüter (Gleichheit und Differenz, Menschenwürde, Autonomie) stattgefunden hat. Andererseits betrifft sie die Frage, ob Diskriminierungsverbote die Aknüpfung an die Herkunft – und allenfalls auch an das Geschlecht und an das Alter – untersagen oder ob positive Mass-

³⁰⁸ Vgl. hierzu auch hinten zur Rechtslage, a.a.O., so beispielsweise zum Grundsatz des Verbotes sittenwidrigen Verhaltens, a.a.O.

³⁰⁹ Vgl. hierzu das Dokument « Fragen zum ethnisch-kulturellen Hintergrund während Bewerbungsgespräch/ Assessment » des elektronischen Rechtsratgeber des Beratungsnetzes für Rassismuseder, abrufbar unter: http://d102352.u28.netvs.ch/bfr/image/FAC_ethnisch_kulturellenHintergrund1.pdf (Zugriff. 18. März 2011).

³¹⁰ Vgl. hierzu etwa auch das Zitat von Mark Terkessidis auf S. 3.

nahmen zwecks Herstellung tatsächlicher Gruppenchancengleichheit (hier: Integration junger Frauen mit Migrationshintergrund in den Arbeitsmarkt) Teil des Diskriminierungsschutzkonzeptes sind (Schutzrichtung).

In der schweizerischen Lehre werden unterschiedliche Konzeptionen der Diskriminierungsverbote vertreten: Eine Richtung versteht sie als « Anknüpfungsverbote » (symmetrisches Schutzkonzept), die andere als « Benachteiligungsverbote » (Asymmetrisches Schutzkonzept). Eine dritte Perspektive betrachtet das Diskriminierungsverbot als « Herabwürdigungsverbot », eine vierte (rechtskritische) Perspektive versteht die Diskriminierungsverbote als Hierarchisierungs- bzw. Dominanzverbote. Schliesslich gibt es auch Positionen, welche im Grundsatz eine « Differenzierung je nach Diskriminierungsverbot » vorziehen³¹¹.

a. Anknüpfungsverbot / Differenzierungsverbot

« Anknüpfungsverbote » untersagen die Anknüpfung an spezifische Dimensionen / Merkmale / Gründe / Kategorien (z.B. « Rasse », Geschlecht, Ethnie, Religion, Behinderung)³¹². Die spezifisch normativen Wirkungen der Diskriminierungsverbote kommen nach dieser Ansicht immer dann zum Zug, wenn ein Gesetz oder eine Handlung / Unterlassung eines der verbotenen Merkmale als Kriterium der Ungleichbehandlung verwendet. Als zusätzliches Kriterium wird verlangt, dass die fragliche Ungleichbehandlung eine Herabwürdigung des Betroffenen bewirkt.

Das Schutzkonzept der Anknüpfungs- bzw. Differenzierungsverbote ist « symmetrisch », d.h. es garantiert all jenen Schutz, die von einer Ungleichbehandlung aufgrund eines der aufgeführten Dimensionen betroffen sind. Das heisst, Männer als die in der geltenden sozialen Realität machtvollere Gruppe sind ebenso vom Diskriminierungsschutz erfasst wie die weniger machtvollen Geschlechtergruppen Frauen und transidente Menschen, hellhäutige Menschen (*Weisse*³¹³) ebenso wie die tendenziell verstärkt Rassismus ausgesetzten *Schwarzen*³¹⁴, nicht behinderte Menschen ebenso wie Menschen mit Behinderung, Fahrende ebenso wie Sesshafte³¹⁵.

³¹¹ Vgl. hierzu etwa MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 691; HANGARTNER, Diskriminierungsverbot, S. 104; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 138; RIEDER, Form, S. 89; MAHON, in: Petit commentaire, Art. 8, Rz. 15; EMMENEGGER, Feministische Kritik; NAGUIB, Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘; MARTENET, Géométrie de l'égalité, Rz. 977.

³¹² Insbesondere Walter Kälin vertritt diese Position. Siehe KÄLIN, Grundrechte im Kulturkonflikt, Zürich 2000, S. 107; DERS., Ausländerdiskriminierung, in: FS Yvo Hangartner, St. Gallen / Lachen 1998, S. 569; DERS./CARONI, Diskriminierung, S. 75.

³¹³ *Weiss* bzw. *Nichtweiss* oder *Schwarz* bezeichnet nicht zwingend die Hautfarbe, sondern auch eine kulturalisierte Rassifizierung. Um diese sichtbar zu machen, werden die Begriffe Weiss und Schwarz in diesem Text gross und kursiv geschrieben. Vgl. hierzu auch NORA MARKARD, Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analysekategorie im Recht, KJ 2009, 353-363, S. 353.

³¹⁴ A.a.O.

³¹⁵ Vgl. dazu SCHEFER, Die Kerngehalte, S. 485f.; RIEDER, Form, S. 60ff.

Problematisch am Verständnis der Diskriminierungsverbote als symmetrische Anknüpfungs- oder Differenzierungsverbote ist, dass es sich auch gegen notwendige und legitime Schutz- oder Fördermassnahmen zugunsten von Angehörigen bisher benachteiligter Gruppen wendet; dies jedenfalls dann, wenn solche Massnahmen ausdrücklich an eine Diskriminierungsdimension anknüpfen³¹⁶.

b. Benachteiligungsverbot

Demgegenüber vertritt die Lehre³¹⁷ zum « Benachteiligungsverbot », Diskriminierungsverbote stellen – wie Grundrechte überhaupt – einen spezifischen verfassungsrechtlichen Schutz in jenen Bereichen sicher, die sich in der Vergangenheit gegenüber schwerwiegender Verletzung als besonders gefährdet erwiesen haben. Dieses Schutzkonzept ist « asymmetrischer » Natur, da es den spezifischen grundrechtlichen Schutz nicht gleichmässig auf die Mitglieder aller involvierten Gruppen ausdehnt, sondern nur jene erfasst, die eines besonderen Schutzes tatsächlich bedürfen. Die Vertreter_innen dieser Richtung folgern, dass die Diskriminierungsverbote nur dann betroffen sind, wenn eine von ihnen besonders geschützte Gruppe von einer Regelung benachteiligt ist. Das Verbot der Rassendiskriminierung schützt demnach die *Schwarzen*, nicht die *Weissen*, das Verbot der Geschlechterdiskriminierung schützt die Frauen und transidenten Menschen und nicht die Männer, das Behindertendiskriminierungsverbot schützt die Behinderten und nicht die Nicht-Behinderten.

Diese radikale Beschränkung des Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote bedeutet eine Beschränkung des Schutzes der privilegierten Gruppen auf den Gleichheitssatz³¹⁸, was erstens erhebliche empirische Bestimmungsschwierigkeiten mit sich bringt³¹⁹, zweitens die problematische Gruppen derjenigen Personen nicht miterfasst, die historisch zwar nicht benachteiligt sind aber keine Ausweichmöglichkeiten haben³²⁰ und drittens birgt das Konzept der Fördermassnahmen die Gefahr in sich, dass die Kategorisierung in Gruppen weiter zementiert wird³²¹.

³¹⁶ Vgl. dazu SCHEFER, Kerngehalte, S. 486f.

³¹⁷ ANDREAS AUER, Les mesures positives et l'art 4 al. 2 Cst., PJA 1993, S. 1339f.

³¹⁸ Zur Kritik vgl. SCHEFER, Kerngehalte, S. 487ff.

³¹⁹ Siehe hierzu RONALD DWORKIN, *Sovereign Virtue: The Theory and Practices of Equality*, Cambridge MA / London 2000, S. 413.

³²⁰ Siehe zur Kritik KÄLIN, *Kulturkonflikt*, S. 107.

³²¹ Vgl. dazu etwa die konservative Kritik von Richter Scalia in seiner concurring opinion zum Entscheid *City of Richmond v. J.A. Croson C.*, 488 U.S. 469, 520 (1989).

c. Zwischen Anknüpfungsverbot und Benachteiligungsverbot

Eine dritte Position plädiert angesichts der problematischen Aspekte beider Schutzkonzepte und angesichts der Heterogenität der verschiedenen Diskriminierungsverbote für eine Differenzierung³²². Die Position geht von zwei Gruppen aus: wobei eine erste diejenigen Dimensionen erfasst, die vergleichsweise klar umschriebene Gruppen von Menschen davor schützen, in entwürdigender Weise schlechter behandelt zu werden (« Rasse », Geschlecht, Behinderung, Homosexualität), und eine zweite diejenigen Dimensionen betrifft, die in Lehre und Praxis in weitem Masse Anerkennung als « neutrale » Diskriminierungsdimensionen gewonnen haben (Religion, Weltanschauung, politische Überzeugung). Jedes Diskriminierungsverbot ist nach dieser vermittelnden Position deshalb im Hinblick auf seine dogmatische Struktur gesondert zu analysieren³²³. Dies gelte insbesondere auch mit Bezug auf die Frage, wie weit es als Anknüpfungsverbot und in welchen Bereichen es als Benachteiligungsverbot zu verstehen ist³²⁴.

d. Hierarchisierungsverbot / Dominanzverbot

Eine letzte Gruppe kritisiert die bisherigen Konzepte in radikaler Weise. Nach deren Vertreter_innen sind die Antworten im geltenden Recht fehlerhaft, weil sie sich an (historischen) Opferkategorien orientieren und damit – so absurd dies auch klingen mag – mit verantwortlich für die Zementierung diskriminierender Strukturen sind, « auch wenn zugegebenermassen einiges zum Guten gewendet wurde »³²⁵. Daher plädieren die beiden Deutschen feministischen Rechtswissenschaftlerinnen UTE SACKSOFSKY und SUSANNE BAER in Anlehnung an die US-amerikanische Feministin Catherine MacKinnon dafür, Antidiskriminierungsrecht als Recht gegen asymmetrische Machtverhältnisse zu betrachten und dabei, aus einer antihierarchischen Perspektive zu denken, um den Blick weg vom Opfer auf die Ungleichheiten als Verhältnisse zu richten und damit auch die Täter_innen zu erfassen³²⁶.

Gleich wie das Benachteiligungsverbot orientieren sich das Hierarchisierungsverbot bzw. das Dominanzverbot an einem asymmetrischen Diskriminierungsschutzkonzept. Im Unterschied zum Benachteiligungsverbot richten sich Letztere jedoch am Machtverhältnis und gerade nicht an der Diskriminierungsdimension aus. Dies erlaubt eine flexiblere bzw. problemorientierte Handhabung des Diskriminierungs-

³²² SCHEFER, Kerngehalte, S. 490.

³²³ So etwa MAHON, in: Petit commentaire, Art. 8, Rz. 15; RIEDER, S. 89.

³²⁴ SCHEFER, Kerngehalte, S. 692.

³²⁵ Vgl. dazu auch die interessante Nachzeichnung der problematischen Aspekte der Praxis des Bundesverfassungsgerichtes zur Frage der Gleichstellung und Diskriminierung von Frauen (UTE SACKSOFSKY, Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Beate Rudolf (Hrsg.), Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung, Göttingen 2009, S. 191-215).

³²⁶ NAGUIB, Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘.

schutzes, so insbesondere einen spezifischen Blick auf die Hierarchien im Rahmen zwischenmenschlicher und institutioneller Beziehungsgeflechte.

Beispielsweise kann man gemäss SUSAN EMMENEGGER aus der Perspektive der Hierarchisierungsverbote bei einem passiven Verhalten einer Frau gegenüber ihrem Vorgesetzten bei einer sexuellen Annäherung nicht automatisch von einer Einwilligung in diese Annäherung vorausgehen. Vielmehr berücksichtigen Hierarchisierungsverbote die weibliche Sozialisation, die oft mit Passivität, erhöhter Sensibilität gegenüber Erwartungen anderer und Verantwortungsgefühl für eine harmonische Atmosphäre einhergeht³²⁷. So wird für die Beurteilung, ob eine Einwilligung vorliegt, nicht einzig die Reaktion der Betroffenen herangezogen. Vielmehr sei vom Belästiger als vernünftiger Person zu erwarten, dass er geschlechtsspezifische und andere – insbesondere betriebliche oder wirtschaftliche – Hierarchien wahrnimmt³²⁸.

Hierarchisierungsverbote berücksichtigen zudem auch auf der Ebene der Durchsetzung des Rechts (d.h. im Rahmen verfahrensrechtlicher Grundsätze) die Realität von Dominanz und Hierarchie zwischen der beklagten und der klagenden Person. So würde nach SUSAN EMMENEGGER ein Hierarchisierungsverbot etwa die Häufigkeit des Phänomens der sexuellen Belästigung und die Schwierigkeiten der belästigten Frauen berücksichtigen, ihre Betroffenheit zu artikulieren und sich dagegen zu wehren, indem es konzeptionell in einem Verfahren vor Gericht eine Herabsetzung des Beweismasses auf ein blosses Glaubhaftmachen erfordert³²⁹.

3. « Schutzpflichten »

Vorweg: Der an dieser Stelle verwendete Titel der « Schutzpflichten » ist aus juristischer Perspektive betrachtet missverständlich, daher wird er auch in Anführungs- und Schlussstrichen gesetzt. Demnach bezeichnen « **Schutzpflichten** » die Gesamtheit grund- und menschenrechtlicher Pflichten zur Unterlassung, Verhinderung, Beseitigung, Verringerung, Wiedergutmachung und Sanktionierung von staatlichen und privaten Diskriminierungen. Demgegenüber steht der Begriff der grund- und menschenrechtlichen Schutzpflichten, der lediglich diejenigen staatlichen Pflichten erfasst, die der Staat zum Schutz vor privater Diskriminierung ergreifen muss. Letztere sind neben den *Unterlassungspflichten* und den *Gewährleistungspflichten* Teil der menschenrechtlichen Trias der Verpflichtungsschichten, welche die staatlichen Pflichten bei der Umsetzung grund- und menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote – bzw. der damit verbundenen Schutzgüter und Schutzrichtungen – strukturierend konkretisieren.

³²⁷ EMMENEGGER, *Feministische Kritik*, S. 178, mit Hinweisen auf GERHARDS, *Gleichheit*, S. 168ff.

³²⁸ Vgl. hierzu EMMENEGGER, *Feministische Kritik*, S. 179, mit Hinweisen auf die Fallbeispiele *Zowayyed v. Lown Co.*, 735 F.Supp. 1497 (Kann. 1990) und *Robinson v. Jacksonville Shipyards, Inc.*, 760 F.Supp. 1486 (M.D. Fla. 1991).

³²⁹ EMMENEGGER, *Feministische Kritik*, S. 183.

a. Verpflichtungsschichten-Trias

Der sich nach dem II. Weltkrieg entwickelnde moderne internationale Menschenrechtsschutz verstand die Menschenrechte bereits von Anfang an auch als Rechte auf Schutz und Gewährleistung³³⁰. EIDE³³¹ entwickelte am Beispiel des Rechts auf Nahrung das Konzept der « Trilogie der Verpflichtungsschichten »³³². Demnach hat ein Staat nicht nur die Pflicht, die Menschenrechte nicht zu verletzen (obligations to respect³³³, Unterlassungspflichten), sondern darüber hinaus die Menschenrechte zu schützen (obligations to protect³³⁴, Schutzpflichten) und sie zu verwirklichen (obligations to fulfill³³⁵, Leistungspflichten)³³⁶. Die Dreiteilung der staatlichen Verpflichtungen gilt für alle Menschenrechte, ungeachtet ihrer Rechtsnatur als wirtschaftliche, soziale, kulturelle, bürgerliche und politische Rechte. Das Konzept ist mittlerweile in der Praxis der Menschenrechtsüberwachungsgremien³³⁷ fest verankert und in der Literatur³³⁸ unbestritten.

Illustriert am Beispiel des Rechts auf Gesundheit sind die Staaten auf einer ersten Ebene verpflichtet, bestimmte Handlungen zu unterlassen, welche die Gesundheit beziehungsweise die sozioökonomischen und ökologischen Bedingungen für eine optimale Entfaltung der persönlichen Gesundheit negativ beeinflussen³³⁹. Auf einer zweiten Ebene haben die Staaten die Pflicht, gesetzgeberische, administrative und weitere Mass-

³³⁰ Siehe den Überblick über die Tragweite der Handlungspflichten in Bezug auf die verschiedenen internationalen Quellen in NAOMI ROHT-ARRIAZA, Sources of International Treaties of an Obligation to Investigate, Prosecute and Provide Redress, in : Impunity and Human Rights in International Law and Practice, New York NY/Oxford 1995, S. 24ff.

³³¹ Art. 11 UNO-Pakt I.

³³² EIDE, Right to Food, S. 138ff.; DERS., Realization, S. 35ff. Vgl. zudem VAN BOVEN, Criteria of Human Rights 1982, S. 49.

³³³ Zur Pflicht zur Achtung der Menschenrechte siehe unter vielen EMGR, Soering v. the United Kingdom, A/161 (1989).

³³⁴ Zu den Schutzpflichten siehe hinten, a.a.O.

³³⁵ Zur Pflicht zur Gewährleistung von Menschenrechten siehe unter vielen z.B. Sozialausschuss, General Comment 3 (1990), Ziff. 10 ; General Comment 12 (1999), Ziff. 17.

³³⁶ Vgl. zudem das ähnliche Konzept von SHUE, S. 51. Nach ihm umfassen alle Menschenrechte Verpflichtungen zur Verhinderung von Deprivation, Verpflichtungen zum Schutze vor Deprivation und Verpflichtungen zur Hilfe an die Deprivierten.

³³⁷ Aus der Praxis des EGMR siehe unter vielen zum Recht auf Leben Hugh Jordan c. Vereinigtes Königreich vom 4. Mai 2001, Ziff. 102ff. ; zum Folterverbot Dikme c. Türkei vom 11. Juli 2000, Ziff. 98ff. ; zum Schutz des Privat- und Familienlebens Ciliz c. Niederlande vom 11. Juli 2000, Ziff. 61 ; zur Meinungsfreiheit Özgür Gündem c. Türkei vom 16. März 2000, Ziff. 43 ; zur Versammlungsfreiheit Gustaffson c. Schweden, Rep. 1996-II 637, Ziff. 45 ; zum Recht auf Bildung Efstratiou c. Griechenland, Rep. 1996-VI 2347, Ziff. 28.

³³⁸ KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz, S. 101.

³³⁹ Sozialausschuss, Allgemeine Bemerkung 14, Ziff. 33. Vgl. zudem MRA, Mulezi v. Democratic Republic of the Congo, 962/2001 (2004), Ziff. 5.4.

nahmen zu treffen, damit der Einzelne vor negativen Einflüssen auf die Gesundheit durch hoheitliches und privates Handeln geschützt wird³⁴⁰. Auf einer dritten Ebene sind die Staaten verpflichtet, Leistungen durch gesetzgeberische, administrative und finanzielle Massnahmen zu erbringen³⁴¹.

b. Unterlassungspflichten (« obligations to respect »)

Die « obligations to respect » betreffen das Verbot der rechtlichen Diskriminierung. Dieses bildet Ausgangspunkt und Minimalverpflichtung staatlicher Pflichten zugleich³⁴². Die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote untersagen dem Staat die Vornahme jeder rechtlichen Diskriminierung³⁴³. Kein Staat soll Menschen aufgrund des Geschlechts, der « Rasse » oder anderer sensibler Dimensionen in der Rechtssetzung und Rechtsanwendung benachteiligen. Diesen Schutz vor rechtlicher Diskriminierung verwirklicht der Staat, indem er selbst eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung unterlässt.

c. Schutzpflichten des Staates (« obligations to protect »)

« Obligations to protect » verpflichten die Staaten, die Gleichbehandlungsansprüche und Gleichstellungspostulate wirksam zu schützen. Ist der Staat zum Schutz vor gesellschaftlicher Diskriminierung verpflichtet, so hat dies auch einen Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung durch Private zur Folge. Setzt der Staat die völkerrechtlichen Schutzpflichten zu Gunsten benachteiligter Gruppen durch, werden im Ergebnis Private zumindest mittelbar durch völkerrechtliche Normen verpflichtet – und zwar über gesetzesrechtliche Bestimmungen straf-, privat- und ordnungsrechtlicher Natur³⁴⁴. Verletzt der Staat seine Schutzpflichten, macht er sich der passiven Diskriminierung verantwortlich³⁴⁵.

d. Gewährleistungspflichten (« obligations to fulfil »)

Die dritte Schicht der « **Schutzpflichten** » bzw. der menschenrechtlichen Trias der Verpflichtungsschichten umfasst die eigentlichen « Leistungspflichten » (obligations to facilitate, to assist and to fulfill) des Staates. Im Anwendungsbereich der Diskriminierungsverbote ist der Staat gefordert, strukturgestaltend zur Vermeidung von Diskriminierung und Ungleichbehandlung einzugreifen.

³⁴⁰ Sozialausschuss, Allgemeine Bemerkung 14, Ziff. 35. Vgl. zudem Ausschuss für WSK-Rechte, Concluding Observations Senegal (2001), Ziff. 24; Egypt (2000), Ziff. 16.

³⁴¹ Sozialausschuss (Allgemeine Bemerkung Nr. 14), Ziff. 43-45.

³⁴² RUDOLF, Diskriminierungsverbote, N 31.

³⁴³ RUDOLF, Diskriminierungsverbote, N 17.

³⁴⁴ Zum Ganzen siehe hinten, a.a.O.

³⁴⁵ Siehe dazu hinten, a.a.O.

Schutzpflichten und Leistungspflichten sind insoweit gleichartig, als sie positive staatliche Leistungen erfordern. Der Unterschied besteht darin, dass das Ziel der Schutzpflichten in einem Unterlassen diskriminierenden Verhaltens Privater bzw. in dessen Sanktionierung besteht, während die Leistungspflichten dem Schutz vor struktureller Diskriminierung dienen und somit eher eine (positive) Verhaltensänderung privater aber ebenso auch staatlicher Akteure bezweckt.

Zu ergänzen ist, dass auch die erste Stufe, das Verbot rechtlicher Diskriminierung, staatliche Leistungen notwendig macht. Zur wirksamen Realisierung dieses Verbotes muss der Staat einen effektiven und effizienten Sanktionierungs- und Vollzugsapparat zur Verfügung stellen, der den Privaten erlaubt, gegen rechtlichen Diskriminierungen des Gesetzgebers und/oder der Behörden und/oder Privater vorzugehen.

4. Beurteilung im Lichte des VE-IntG

Die theoretischen Elemente des Diskriminierungsschutzes machen deutlich, dass Integrationsarbeit eng mit dem Schutz vor Diskriminierung verwoben ist: Die diskriminierungsschutzrechtlichen Schutzgüter wie die Anerkennung der Gleichheit unter Berücksichtigung der Differenz, der Schutz der Menschenwürde und die Unterstützung der Autonomie sind allesamt Voraussetzungen für eine wirksame Integrationsarbeit. Das Kernstück effektiver Integrationsarbeit bildet hierbei das diskriminierungsschutzrechtliche Hierarchisierungsverbot. Denn gelingt es der Integrationspolitik, asymmetrische Strukturen durch machtvolle Praxen in mehr oder minder symmetrische Beziehungsgeflechte umzuwandeln – oder realitätsbezogener formuliert: einen Beitrag zur Abschwächung asymmetrischer Machtverhältnisse zu leisten – ist Integrationsrecht im Grundsatz potentiell wirksam aufgestellt.

Eine Integrationsförderung, die sich am diskriminierungsschutzrechtlichen Hierarchisierungsverbot ausrichtet, zielt darauf ab, ungleiche Machtgeflechte beim Zugang zu und im Umgang mit sozialen, kulturellen, ökonomischen und politischen Ressourcen auszugleichen. Sie geht daher zwingend mit einer Politik einher, die sich nicht primär mit den individuellen « Opfern » befasst, sondern am Abbau von Herrschaftsstrukturen arbeitet, die ganze Gruppen und Untergruppen von Ausländer_innen in ihrer Entfaltung behindern³⁴⁶. Daher bekämpft Integrationsarbeit machtvolle Ungleichheitsschranken, damit die weniger machtvollen aufzunehmenden Menschen an Macht gewinnen, letztlich mit dem Ziel der Chancengleichheit.

Dies verlangt eine spezifische Ausrichtung der integrationspolitischen Perspektive: So steht Integrationsarbeit diskriminierungsschutztheoretisch weniger unter dem Motto « fordern und fördern » – dem jüngst verstärkt propagierten Mittel zur Lösung der schweizerischen Integrationsherausforderungen. Entscheidend ist nämlich nicht primär der Fokus auf die scheinbar unterforderten Zugezogenen, denen man

³⁴⁶ Siehe dazu auch Ausführungen hinten, a.a.O.

zum « Preis » des geforderten Engagements Förderung zugesteht. Wichtig ist vielmehr primär, dass sich die schweizerische Integrationspolitik auch an Abschaffung von Ungleichheiten durch Entschärfung von diskriminierenden Asymmetrien beim Zugang zu Ressourcen ausrichtet. Erst so geraten auch die herrschenden Mehrheiten mit ihren Ungleichheitsstrukturen in den Blickwinkel.

Anders formuliert: Erfolgreiche Integrationspolitik unterteilt nicht implizit in « problematische » Ausländer_innen und « unproblematische » Schweizer_innen oder « Integrierte », sondern investiert ihre Analysekraft und Ressourcen in die Entwicklung kraftvoller Antidiskriminierungsmassnahmen. Dann lassen sich sowohl das geforderte Engagement (« fordern ») und die geförderten Ressourcenmobilisierung (« fördern ») mit praktisch weniger Aufwand erreichen³⁴⁷.

Eine moderne Integrationspolitik steht daher unter dem **Motto: «Gleichberechtigung einfordern - Gleichstellung fördern»**. **Gleichberechtigung fordern meint**, ein breites Massnahmeprogramm zu ergreifen, damit Ausländer_innen in allen Lebensbereichen nicht aufgrund diskriminierender Zuschreibungen benachteiligt werden bzw. sie in die Lage versetzt werden, sich wirksam dagegen zu wehren. **Gleichstellung fördern bedeutet**: diskriminierende Strukturen, Mechanismen, Normen, Einstellungen, Haltungen, die in unserer Gesellschaft vorhanden sind, zu beseitigen. Erst durch diese Perspektivenverschiebung (bzw. –ergänzung) sind Forderungen weder einseitig an die Ausländer_innen gerichtet, noch Förderungen als paternalistischer Akt und grosszügige Gegenleistung gemeint.

Richtet sich die Integrationsarbeit auf den Abbau asymmetrischer Strukturen, darf sie sich jedoch nicht ausschliesslich auf eindimensionale Diskriminierung konzentrieren, sondern muss auch mehrdimensionale Diskriminierungen miteinbeziehen. So sind etwa Ausländerinnen und Ausländer mit Behinderung spezifischen Ausschlussmechanismen ausgesetzt³⁴⁸. Integrations- oder Exklusionseffekte entstehen nicht nur für ausländische Personen, sondern generell für Personen mit Benachteiligungen im Umgang mit Regelstrukturen (z.B. Leute mit Sprachbehinderungen, ältere Menschen und Menschen mit schwachen Bildungshintergrund).

³⁴⁷ Vgl. hierzu auch SANCAR, Grundrechtsbasierte Integrationspolitik, S. 29-36, 30: « Wenn das Risiko, aus dem Arbeitsmarkt ausgeschlossen zu werden oder auf der Strasse zu landen, klein ist, gibt es auch keinen Anlass, die Rechte auf staatliche Leistungen einzufordern. Wenn den MigrantInnen bestimmte Ressourcen fehlen, die auf dem Arbeitsmarkt und im Bildungsbereich als normal und selbstverständlich vorausgesetzt werden, nimmt dieser Druck zu ». Vgl. zudem das Zitat von Mark Terkessidis auf S. 3.

³⁴⁸ Siehe dazu etwa das Beispiel im TAK, Integration: « Integrations- oder Exklusionseffekte entstehen nicht nur für ausländische Personen, sondern generell für Personen mit Benachteiligungen im Umgang mit Regelstrukturen (z.B. Leute mit Sprachbehinderungen, Betragt, Menschen mit geringer Ausbildung etc. », S. 13.

E. Modell der praktischen Umsetzung

Das oben skizzierte theoretische Diskriminierungsschutzkonzept wird folglich zwecks Operationalisierung für die kantonale Integrationsarbeit in ein theoretisches Modell der praktischen Umsetzung übersetzt. Es handelt sich um einen Vorschlag, der die Erarbeitung und Umsetzung des Leitbildes und der Massnahmenpläne gemäss Art. 16 VE-IntG sowie einer Antidiskriminierungsstrategie (bzw. eines Leitbild-Zusatzes) unterstützen soll und wird im *Teil 04. VE-IntG: Optionen der Umsetzung* konkretisiert. Das skizzierte Modell orientiert sich einerseits am Konzept des *postkategorialen Antidiskriminierungsrechts*³⁴⁹ der Gleichheitsforscherin und Juristin SUSANNE BAER. Andererseits greift es zurück auf ein Modell für die theoretisch abgestützte Beratungsarbeit des KOMPETENZZENTRUMS FÜR INTERKULTURELLE KONFLIKTE TIKK. Weiter stützen sich die Überlegungen auf Elemente aus der rechtssoziologischen Wirkungs- und Wirksamkeitsforschung zum Antidiskriminierungsrecht in Anlehnung an ALEXANDER KLOSE³⁵⁰, der sich seinerseits auf die Rechtssoziologen HUBERT ROTTLEUTHNER, ANDREAS DIEKMANN und KARL DIETER OPP stützt.

Ausgehend von einer *normativen Ausgangslage* formuliert das Modell einen *zweistufigen Umsetzungsplan* und ein *Phase der Evaluierung und Reformulierung*.

- **Normative Ausgangslage – Grundpflichten und Umsetzungsmaßstäbe:** Normative Ausgangslage für die praktische Umsetzung sind die Grundpflichten (Trias der Verpflichtungsschichten) und die zu deren Konkretisierung zentralen Maßstäbe der Effektivität und der Verhältnismässigkeit.
- **Umsetzungsstufe 1 – Ziele zur Erfüllung der Grundpflichten:** Die sich aus der Umsetzung ergebenden zentralen Ziele sind die Verhinderung, Beseitigung, Verringerung, Sanktionierung und Wiedergutmachung von Diskriminierung.
- **Umsetzungsstufe 2 – Instrumente und Handlungsebenen zur Erfüllung der Ziele:** Zentrale Rechtsinstrumentarien sind Massnahmen zur Durchsetzung der formellen Gleichheit, Massnahmen zum Abbau tatsächlicher Gleichheit und Massnahmen der institutionellen Absicherung. Die hierfür zur Verfügung stehenden Handlungsinstrumente sind Prävention, Sensibilisierung und Intervention. Die Instrumente umfassen Massnahmen zur Ermächtigung von Diskriminierungs betroffenen, Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen und Massnahmen zur Gestaltung von pluralistischen Verhältnissen (Diversität).
- **Phase der Evaluierung und Reformulierung**

³⁴⁹ BAER, postkategoriales Antidiskriminierungsrecht.

³⁵⁰ KLOSE, Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht?

1. Grundpflichten: Trias staatlicher Verpflichtungen

Ausgehend vom hier vertretenen Diskriminierungsbegriff, dem Schutzgut, der Schutzrichtung und der « **Schutzpflichten** » ist jedes Gemeinwesen gehalten, im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen Zuständigkeit Diskriminierungen zu unterlassen, vor privaten Diskriminierungen zu schützen sowie mittels gezielter Massnahmen zu gewährleisten, dass die strukturellen Dimensionen der Diskriminierung beseitigt oder gar verhindert und abgeschwächt werden bzw. Diskriminierungen wirksam sanktioniert und Urteile vollzogen werden. Bei der Wahl der konkreten gesetzgeberischen und administrativen Massnahmen besteht ein relativ grosser Ermessensspielraum, wobei sich der Staat an den Grundsätzen der *Effektivität* und der *Verhältnismässigkeit* auszurichten hat.

2. Elemente einer praktischen Umsetzung

a. Massstäbe: Effektivität, Verhältnismässigkeit

Aus rechtssoziologischer Perspektive umfasst die Wirksamkeit (Effektivität) von Diskriminierungsverboten und von Schutz- und Gewährleistungspflichten deren Befolgung und Durchsetzung. Demnach hängt die Wirksamkeit des staatlichen Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung einerseits von der Quote der Befolgung von Diskriminierungsverboten und der Quote der Umsetzung der bezweckten staatlichen Schutzregelungen ab. Die Befolgung bezieht sich auf die Rechtsunterworfenen, worunter sowohl private Akteure (wie Einzelpersonen, Unternehmen und weitere Organisationen) als auch staatliche Institutionen (Legislative, Exekutive, Judikative) fallen. Andererseits hängt die Wirksamkeit des staatlichen Diskriminierungsschutzes von der Sanktionierung und dem Vollzug von Verstössen gegen Diskriminierungsverbote sowie von der Durchsetzung von Schutz- und Gewährleistungspflichten ab. Die Durchsetzung bezieht sich zum Einen auf die Massnahmen staatlicher Institutionen, bei Rechtsverstössen Unterstützung zu bieten (Sanktionierung und Vollzug des Rechts) sowie zum Andern auf die Massnahmen, welche die Inanspruchnahme des Rechts durch die Betroffenen stärken (Mobilisierung des Rechts).

Die Effektivitätsquote von Antidiskriminierungsmassnahmen hängt massgeblich von der ziel- und prozessorientierten Entwicklung und vom Einsatz von Interventionsinstrumenten ab. Effektivität bedeutet im Kern wirkungsvolles Angehen gegen diskriminierende Asymmetrien in allen für die staatliche Regulierungspolitik relevanten Lebensbereichen. Dies verpflichtet zur strategischen Operationalisierung der Verpflichtungen mittels evidenzbasierter Handlungsinstrumente. Eine staatliche Politik zur Verhinderung und Beseitigung ethnisch-kultureller Diskriminierung, wie sie in Art. 1 lit. g VE-IntG bezweckt wird, sollte daher nicht rhapsodisch, bruchstückhaft und zufällig sein, sondern vielmehr in eine Gesamtstrategie von aufeinander kohärent aufbauenden Zielen, Rechtsinstrumentarien, Handlungsebenen und Handlungsinstrumenten eingebettet werden:

- D.h. es ist eine Problemanalyse vorzunehmen (konkret: Asymmetrische Diskriminierungsstrukturen und interpersonelle Diskriminierungen zu evaluieren),
- es sind Ziele zu formulieren (konkret: Unterziele des Oberzieles « Abbau der asymmetrischen Diskriminierungsstrukturen »),
- es sind rechtliche Grundinstrumentarien zu schaffen, die als Grundlage für konkrete Handlungsmaßnahmen dienen,
- es sind Handlungsebenen für die Zielerreichung zu definieren,
- Handlungsinstrumente zu spezifizieren,
- und darauf aufbauend konkrete Massnahmen zu formulieren, die spezifiziert sind nach Thema, Ziel(e), Rechtsinstrumentarium als Grundlage, Inhalt, Handlungsebene(n), Handlungsinstrument(e) und Evaluationsstandards und -instrumente,
- Ziele, Ebenen und Massnahmen sind zu evaluieren,
- und entsprechend (neu) auszurichten.

Antidiskriminierungsmassnahmen verlangen den Einsatz von Ressourcen, insbesondere finanzieller, personeller, organisatorischer und administrativer Natur. Weiter setzt eine wirksame Antidiskriminierungspolitik Know-how im spezifischen Fachgebiet voraus. Da diese Mittel nicht unbegrenzt sind, ist der Entscheid darüber, wie diese eingesetzt werden, ein politischer. Dennoch setzt der Grundsatz der Effektivität gewisse rechtliche Leitplanken, der besagt, dass im Kern eine Verhältnismässigkeitsprüfung vorgenommen werden muss. Je gewichtiger das Diskriminierungsschutzinteresse ist, desto enger wird der politische Ermessensspielraum für den Mitteleinsatz.

b. Ziele des staatlichen Auftrages zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung

Gemäss VE-IntG bezweckt das Integrationsgesetz, « Diskriminierungen aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft zu verhindern und zu beseitigen ». Ausgehend von den Grundpflichten der Unterlassung von Diskriminierungen, des Schutzes vor Diskriminierungen und der Gewährleistung struktureller Rahmenbedingungen zum Abbau von Diskriminierungen lässt sich der Schutzzweck der Umsetzung des Schutzauftrages in die folgenden Ziele konkretisieren:

- Verhinderung (potentieller) Diskriminierungen (1),

- Beseitigung und Verringerung bestehender interpersoneller und struktureller Diskriminierungen (2),
- Sanktionierung von staatlichen Verstößen gegen Diskriminierungsverbote (3),
- Sanktionierung von privaten Verstößen gegen Diskriminierungsverbote (4),
- Sanktionierung bei Nichtumsetzung von staatlichen Schutzgeboten gegen Diskriminierungen Privater (5),
- Wiedergutmachung von bestehenden oder vergangenen Diskriminierungen (6),
- Wiedergutmachung bei Nichtumsetzung von staatlichen Schutzgeboten gegen Diskriminierungen Privater (7),
- Vollzug von Sanktionen bei Rechtsverstößen (8).

c. Rechtsinstrumentarium als Legitimation und Fundament der Umsetzung

Für eine fundierte Konzipierung von konkreten Umsetzungsinstrumenten bedarf es einer rechtlichen Konkretisierung der Unterlassungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten (Typologisierung der Rechtsinstrumente des Diskriminierungsschutzes). Eine solche rechtliche Typologisierung unterstützt die Legitimation spezifischer staatlicher Massnahmen zur Umsetzung des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung. Die hier vorgestellte Typologie orientiert sich an der historisch bewährten Dreigenerationen-Trilogie des Antidiskriminierungsrechts: rechtliche Diskriminierungsverbote (I. Generation), Fördermassnahmen (III. Generation), institutionelle Absicherung (II. Generation):

- *Massnahmen zur Sicherstellung rechtlicher Nichtdiskriminierungsgebote (Diskriminierungsverbote)*: Auf einer ersten Ebene beinhaltet die rechtliche Absicherung und Konkretisierung des staatlichen Diskriminierungsschutzes die Verankerung von Diskriminierungsverboten sowie die Gewährleistung ihrer Durchsetzung mittels unterstützenden Mobilisierungs- und Sanktionierungsinstrumenten. Auf der einen Seite handelt es sich um harte Instrumente, die mit Hilfe des staatlichen Gewaltmonopols durchgesetzt werden können (z.B. strafrechtliche, privatrechtliche und ordnungsrechtliche Diskriminierungsverbote). Auf der anderen Seite betrifft es weiche Instrumente, die Verstösse gegen harte Massnahmen (Diskriminierungsverbote) verhindern helfen (z.B. Schulungen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen, praxis- und problemorientierte Weisungen und Leitfaden zur Verhinderung von Verstößen gegen Diskriminierungsverbote) bzw. bei Verstößen den von Diskriminierung Betroffenen und den Sanktionsbehörden Unterstützung

zur Mobilisierung des Rechtsweges und Sanktionierung von Rechtsverstößen bieten (Beratung, Schulung, Verankerung niedrigschwelliger Durchsetzungs- und Streitbeilegungsmechanismen).

- *Massnahmen zur Herstellung von Chancengleichheit (Fördermassnahmen)*: Der zweite Typ der rechtlichen Absicherung des staatlichen Auftrages des Diskriminierungsschutzes betrifft Rechtsinstrumente, die der Beseitigung der materiellen Chancenungleichheit bzw. der Herstellung von Chancengleichheit dienen. Da sie die grundsätzlichen Probleme asymmetrischer Ungleichheiten anvisieren, handelt es sich nicht um eigentliche Diskriminierungsverbote, die unmittelbar über den Rechtsweg umgesetzt werden können. Vielmehr zielen Fördermassnahmen einerseits auf die Stärkung der Ressourcen der diskriminierten und benachteiligten Bevölkerungsstruktur und andererseits auf die Verbesserung des Zuganges zu ökonomischen, sozialen, kulturellen und politischen Ressourcen, die der Staat und der freie Markt zur Verfügung stellen. Fördermassnahmen umfassen sowohl eigentliche Privilegierungen (harte Fördermassnahmen) als auch weiche Fördermassnahmen wie Information, Sensibilisierung, Prävention und Beratung.
- *Massnahmen zur institutionellen Absicherung von Diskriminierungsverboten und Konzipierung und Umsetzung von Fördermassnahmen (Institutionelle Absicherung)*: Der dritte Typ rechtlicher Instrumente des staatlichen Diskriminierungsschutzes betrifft die institutionellen Mechanismen zur Förderung und Absicherung der Befolgung von Diskriminierungsverboten, der Mobilisierung und Sanktionierung bei Verstößen gegen Diskriminierungsverbote sowie der Formulierung und Umsetzung von Fördermassnahmen. Ein Beispiel des Types des institutionellen Schutzes vor Diskriminierung ist etwa die Schaffung spezifischer Gremien, die Politikvorschläge formulieren (z.B. gesetzgeberische Massnahmen) und Unterstützung bei der Umsetzung der Politiken bieten (z.B. Evaluation von Projekten, Definition von Handlungsanleitungen, Konzeption von Sensibilisierungs- und Präventionsinstrumenten).

Die drei Grundtypen der rechtlichen Fundierung spezifischer staatlicher Massnahmen zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung dienen als normatives Gefäss für die weitere Konkretisierung von Umsetzungsinstrumenten. Sie sind zugleich Handlungsorientierung als auch Legitimation für die Entwicklung von Handlungsmassnahmen.

d. Handlungsebenen

Für die den Problemen angemessene Formulierung konkreter Massnahmen auf der Grundlage der oben skizzierten Typologie der Rechtsinstrumente entwickelte die auf Antidiskriminierung und Gleichheitsrecht spezialisierte Juristin und Rechtssoziologin SUSANNE BAER drei Typen von Handlungsmassnahmen. Diese gehen von der Frage aus, anhand welcher Kriterien Massnahmen wirkungsvoll auszugestalten sind. Zentral für die Einteilung ist, dass die Politiken formulierenden und umsetzenden Behörden aufgrund

empirisch festgestellter Probleme klären, wo, bei wem und wie genau Massnahmen anzusetzen sind, damit die Probleme möglichst effektiv gelöst werden können. Integrationstheoretisch gesprochen wird ein inkludierender Ansatz verfolgt³⁵¹. Die Massnahmen lassen sich der Theorie nach in die folgenden drei Typen einteilen: Massnahmen zur Ermächtigung Benachteiligter (empowerment), Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen (anti-bias³⁵², Antidiskriminierung i.e.S.), und Massnahmen zur Gestaltung von Verhältnissen (Pluralismus)³⁵³.

- « *Massnahmen zur Ermächtigung Benachteiligter (Empowerment)*: Massnahmen zur Ermächtigung Benachteiligter bezeichnen Massnahmen der ‚Förderung‘ von Menschen, die von Diskriminierung betroffen sind – aber die ermächtigende, nicht die paternalistische. Beispielhaft gehören dazu etwa Massnahmen zur Stärkung von Netzwerken oder Vereinigungen. Dazu gehören auch Bildungs- und Qualifikationsmassnahmen. Sie setzen in erster Linie direkt bei Benachteiligten an. Es können aber auch Massnahmen sein, die Privilegierte dazu bringen, sich mit Diskriminierung auseinanderzusetzen, um zu verstehen, wie Benachteiligte ermächtigt werden können und wollen. »

« Ermächtigungsmassnahmen sind im Bereich der Erwerbsarbeit ebenso sinnvoll wie in der Sozial- oder Bildungspolitik, der Familien- oder Gesundheitspolitik, der Infrastruktur- und Regionalpolitik - um nicht mehr über Andere, sondern miteinander zu sprechen - let the subaltern speak -, um Wirklichkeiten nicht als symmetrische, sondern auch als ungleiche Verhältnisse begreifen zu können ». Das sei eine Querschnittsaufgabe demokratischer Politik im aktivierenden Gewährleistungsstaat, so BAER. Staatliche Politik zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung unterstützt die finanzielle, organisatorische und fachliche Interessenvertretung von Organisationen, die die Interessen von strukturell benachteiligten und diskriminierten Menschen gegenüber den zentralen staatlichen und zivilgesellschaftlichen Leistungsträgern (Unternehmen, Verbände, Behörden) vertreten.

³⁵¹ Zur prozessualen Konzeption von Integration, die auf Integration durch Partizipation setzt, siehe WICHMANN, « Fördern und Fordern », S. 3. Zum Ansatz der « transkulturellen Öffnung der Institutionen » siehe DAHINDEN/BISCHOFF (Hrsg.), 2010, Dolmetschen, Vermitteln, Schichten – Integration der Diversität?; THOMAS FAIST, 2009, « Diversity – a new mode of incorporation? », *Ethnic and Racial Studies*, 32(1), S. 171-190. Vgl. zudem die demokratietheoretischen und -empirischen Aussagen von LINDER, 2005, S. 376.

³⁵² Vgl. hierzu die ANTI-BIAS werkstatt unter <http://www.anti-bias-werkstatt.de/> (Zugriff: 19. März 2011). Bias kommt aus dem Englischen und bedeutet Voreingenommenheit, Schiefelage oder Vorurteil. Anti-Bias zielt als Ansatz in der Antidiskriminierungsarbeit darauf, eine durch Einseitigkeit und Voreingenommenheit entstandene Schiefelage ins Gleichgewicht zu bringen und Diskriminierungen abzubauen. Angestrebt werden eine intensive erfahrungs- und prozessorientierte Auseinandersetzung mit Macht und Diskriminierung sowie das Verlernen von unterdrückenden und diskriminierenden Kommunikations- und Interaktionsformen.

³⁵³ Die folgenden Textelemente werden leicht abgeändert übernommen von BAER, Chancen und Risiken positiver Massnahmen.

- *Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen:* « Der zweite Typ von Massnahmen zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung sind Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen, also anti-bias, Antidiskriminierung im engeren Sinne. Sie wenden sich direkt an Menschen mit Entscheidungsmacht, um diese dazu zu bringen, gerecht zu (be-)urteilen. » Das ziele auf alle Menschen, die Mächte haben und (auch) so privilegiert sind. Entscheidungsbezogene Massnahmen sind Verbote diskriminierender Entscheidungen mit Sanktionen (z.B. die Auswahl, Einstellung, Beförderung, aber auch Benotung usw.), Trainings für Personalauswahl oder -beurteilung, Aus- und Fortbildung für Lehrende, strategische und fachliche Kompetenzentwicklung für Politik und Verwaltung usw.

Solche Massnahmen sind beispielsweise für die Erwerbsarbeit wichtig – Ausbildung, Einstellung, Beförderung, Kündigungsschutz. Aber Entscheidungen werden auch in der Politik, im Ehrenamt, in der Bildung usw. gefällt. Auch hier sind Massnahmen gegen Vorurteile eine Querschnittsaufgabe. Wichtig sind zudem Massnahmen zur Entwicklung von praktischen Handlungsanweisungen, damit Behörden und private Organisationen einerseits durch ihre Handeln nicht diskriminieren und andererseits aktiv Politiken formulieren, damit sie strukturelle Benachteiligungen beseitigen und Gleichstellung innerhalb ihrer organisatorischen Einrichtung fördern. Dazu gehören etwa Schulungen von Polizistinnen und Polizisten oder Lehrkräften zwecks Entwicklung von praktischen Handlungsanweisungen zur Vermeidung von Diskriminierungen bei polizeilichen Kontrollen bzw. schulischen Bewertungen.

Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen richten sich an sämtliche Organisationen, die über gestaltende Wirkungsmacht verfügen (etwa Verwaltungen, Unternehmen). Sie setzen an bei einer gemeinsamen Analyse der eigenen Strukturen in der Entscheidungsfindung, insbesondere deren wunde – d.h. Diskriminierung fördernde – Punkte, fördern die Auseinandersetzung mit den eigenen Vorurteilen, und münden schliesslich in praktische und verbindliche Handlungsanweisungen zur Vermeidung von Diskriminierungen und Stärkung der Gleichstellung. Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen sind elementar für die Öffnung von Institutionen und können nur dann erfolgreich umgesetzt werden, wenn sie als nachhaltigen Prozesse aufgegleist werden, die bei den konkreten Herausforderungen des Praxisalltages ansetzen, an deren Bearbeitung die Mitarbeiterschaft gemeinsam teilnehmen – die also nicht von oben herab aufgesetzt, sondern bottom up gelöst und top down geführt wird – und deren Lösungen im Praxisalltag eingeübt und kontrolliert werden. Wichtig ist hierbei, dass dies im Rahmen eines Klimas des Vertrauens aufgegleist und umgesetzt wird.

- *Massnahmen zur Gestaltung von Verhältnissen:* « Der dritte Typ Positiver Massnahmen gegen Diskriminierung sind Massnahmen zur Gestaltung von Verhältnissen mit dem Ziel der Pluralität. Offiziell heisst das Ziel ‚Gleichstellung‘ oder ‚Integration‘ oder ‚Diversität‘ bzw. ‚Vielfalt‘. Sol-

che Massnahmen zielen darauf, bestimmte Ergebnisse abzusichern, also die Resultate der Entscheidungen. Sie adressieren wieder Menschen mit Entscheidungsmacht (und deshalb sind viele dieser Versuche auch nur sehr bedingt wirksame), wie die Entscheidungsvorgaben, bei gleicher Qualifikation im Zweifel zugunsten der Unterrepräsentierten zu entscheiden und nicht mehr wie bislang im Zweifel zugunsten der Passung ins Privileg (das ist ‚die Quote‘). »

Solche Gestaltungsmaßnahmen seien in der Erwerbsarbeit wichtig und bekannt – deutlich für Menschen mit Behinderung, für Frauen, diskutiert für rassistisch benachteiligte Menschen, Migrantinnen und auch Migranten, so und anders Benachteiligte. « Solche Vorgaben können sich aber auch auf Repräsentation oder Ressourcen beziehen. Diese ‚Quoten‘ oder Vorgaben zu ‚Parität‘ richteten sich an Organisationen, z.B. im Rahmen der Vergabe öffentlicher Gelder oder durch die Pflicht, Beschwerdestellen einzurichten. Weiter könnten sie Orte eröffnen, z.B. durch die Überlassung von Räumen an Menschen, die bislang dort keinen Ort haben. Weitere Beispiele sind Quotierungen z.B. von Ausbildungsplätzen oder Vorgaben zur Zusammensetzung von Gremien, Kandidaturlisten und Vorgaben für pluralistische Verhältnisse. »

Die Bedeutung von Institutionen und deren diskriminierungsfreie Zugänglichkeit werden auch in den zahlreichen Gerechtigkeitstheorien hervorgehoben³⁵⁴. Hingegen soll hier auch auf deren Grenzen hingewiesen werden, so insbesondere darauf, dass die « Überzeugung, dass ausschliesslich Institutionen das Fundament der Gerechtigkeit sind (...) die Selbstzufriedenheit, die ziemlich häufig mit vermeintlich souveräner Klugheit bezüglich der Institutionen einhergeht » eine « kritische Überprüfung der tatsächlichen Konsequenzen die sich aus der Verfügbarkeit der empfohlenen Institutionen ergeben » einhergeht³⁵⁵. So ist durch die Integration von Ausländer_innen keineswegs gewährleistet, dass die Entscheide automatisch auch integrationsfreundlich ausfallen; vielmehr sollten diese inhaltlich überprüft werden, gerade weil auch die Gefahr besteht, dass wohl vorwiegend die mächtigen Ausländer_innen in der Institution sitzen und nicht die weniger privilegierten Personen.

Massnahmen zur Gestaltung von Verhältnissen zielen im Kern auf die pluralistische Zusammensetzung sämtlicher staatlicher und zivilgesellschaftlicher Gremien, Behörden und informeller Gruppen. Zweck ist die prozedurale Gewährleistung, dass die verschiedenen gesellschaftlichen Interessen in den Entscheidungen dieser Akteure abgebildet werden. Im Idealfall verfolgen sie

³⁵⁴ Vgl. hierzu SEN, S. 103ff. So erkannte bereits Condorcet die Bedeutung von Diversität im Rahmen zu treffender Entscheidungen in seiner « Theorie zu den kollektiven Entscheidungen », dass die Stimmen von Frauen in öffentlichen Angelegenheiten genauso gebraucht werden wie in der Familie und im gesellschaftlichen Leben und folgerte daraus, dass in der öffentlichen Politik der Ausbildung von Frauen der Vorrang gegeben werden muss (SEN, S. 139).

³⁵⁵ SEN, S. 111.

den Ansatz der Inklusion, der dazu verpflichtet, Organisationen und deren Entscheidungen von Anfang an gemeinsam zu denken bzw. zu fällen.

e. Handlungsinstrumente

Für eine wirksame Umsetzung von Antidiskriminierungsmassnahmen auf den unter d. erwähnten Handlungsebenen stehen unterschiedliche Handlungsinstrumente zur Verfügung, die jeweils individuell entwickelt und umgesetzt werden müssen, damit sie auch effektive Wirkung und Wirksamkeit entfalten können. Eine staatliche Strategie zur Umsetzung des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung greift auf sämtliche Handlungsinstrumente zu. Diese sind: Sensibilisierung, Prävention, Intervention und Privilegierung. Die folgende Einteilung orientiert sich an einem Modell des Kompetenzzentrums interkulturelle Konflikte TikK, das weiter ergänzt wird³⁵⁶.

- *Sensibilisierungsmassnahmen* umfassen sämtliche Massnahmen, welche die Sensibilität für Antidiskriminierungsmassnahmen stärken, die Befolgung und Durchsetzung förderlich sind. Das TikK spricht von Bewusstseinsbildung mit dem Ziel, fremdenfeindliche Haltungen oder Handlungen vorzubeugen oder abzubauen.
- *Präventionsmassnahmen* umfassen sämtliche Massnahmen, welche die Nichtbefolgung verhindern oder stoppen. Das TikK spricht von der Zielsetzung der konstruktiven Konfliktlösung. Alltägliche Konfliktsituationen können in Konstellationen, in welchen die Beteiligten sehr unterschiedliche Machtspositionen inne haben, von den strukturell Überlegenen missbraucht werden, indem diese ihre Position mit fremdenfeindlichen oder ethnozentrischen Argumenten festigen und eine konstruktive Konfliktlösung verhindern. Dem solle begegnet werden, indem sich die Beteiligten auf ein durch Dritte geleitetes Verfahren einlassen.

Ergänzend dazu umfassen Präventionsmassnahmen auch Massnahmen, die darauf zielen, Konflikte zu verhindern. Beispiele dafür sind rechtliche Diskriminierungsverbote und Handlungsanleitungen für Verwaltungen und Unternehmen (z.B. zu den Themen « racial profiling » oder « diskriminierungsfrei Versicherungspolice »), sowie Massnahmen im Rahmen von Projekten zur Öffnung von Institutionen.

- *Interventionsmassnahmen* umfassen sämtliche Massnahmen, die der Einleitung und Umsetzung der Sanktionsmechanismen dienen, dies sowohl hinsichtlich des Rechtsstabes (etwa bei ordnungsrechtlichen Vorgaben) sowie hinsichtlich der von Diskriminierung Betroffenen (so etwa Informationskampagnen, Beratungsangebote, Kostenlosigkeit von Verfahren vor Gericht,

³⁵⁶ Internes Dokument.

Schlichtungsmechanismen, Beweislastleichterung bei Verfahren vor Gericht, Verbandsklage-/beschwerderecht, Opferschutzmassnahmen). Gemäss dem TikK ist Zielsetzung der Intervention, « Täter zu stoppen und Opfer zu schützen ». Einzelne Personen oder Gruppen, welche sich aufgrund rassistischer Motive legitimiert fühlen andere zu bedrohen oder ihnen gegenüber Gewalt anzuwenden, müssen als solche erkannt werden. Ihnen ist im Rahmen der rechtsstaatlichen Mittel entgegenzutreten. Gleichzeitig müssen Bedrohte und Opfer geschützt und betreut werden.

- *Privilegierungsmassnahmen* umfassen sämtliche Massnahmen, die nachweislich von Diskriminierung betroffenen Gruppen bei der Förderung von eigenen Ressourcen sowie beim Zugang zu ökonomischen, sozialen, kulturellen und politischen Ressourcen privilegieren. Ziel ist es, die strukturellen Benachteiligungen beim Zugang zu Ressourcen auszugleichen³⁵⁷. Privilegierungen sind etwa Quotenregelungen bei der Subventionierung von Unternehmen, bei der Anstellung von Beschäftigten, bei der Förderung von spezifischen Gruppen in höheren Schulen. Privilegierungen sind historisch betrachtet untypische Massnahmen für schweizerische Verhältnisse und stossen daher auf grosse Widerstände. Zudem besteht bei einer fehlerhaften Konzipierung von Privilegierungen das Risiko, dass Diskriminierungen verstärkt und nicht etwa abgebaut werden, dies gerade weil sie sich an Gruppen orientieren.

3. Beurteilung im Lichte des VE-IntG

Das *Modell zeichnet eine theoretische Strukturierung eines praktikabel-operationalisierbaren staatlichen Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung*. Ausgehend von der Verpflichtungsschichten-Trias orientiert sich eine grund- und menschenrechtlich fundierte staatliche Praxis zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung an den folgenden Kernzielen: Verhinderung von Diskriminierungen, Beseitigung von Diskriminierungen, Verringerung von Diskriminierung, Wiedergutmachung von Diskriminierungen, Sanktionierung von Diskriminierungen. Die Ziele sollten im Leitbild und in der Strategie (Leitbild-Zusatz) des Integrationsgesetzes formuliert und beschrieben werden. Auf deren Basis werden schliesslich Handlungsebenen und Handlungsinstrumente formuliert, die wiederum Grundlage für die Erarbeitung von konkreten Massnahmen in den Massnahmenplänen sind. Juristisch fassen diese Massnahmen in der historisch bewährten Typologie des Antidiskriminierungsrechts der ersten Generation (Diskriminierungsverbote), der zweiten Generation (Institutionen) und der dritten Generation (Fördermassnahmen). Massstab für die Ausarbeitung sind die Grundsätze der Effektivität und der Verhältnismässigkeit. Ergänzend dazu soll auch der Grundsatz der Effizienz berücksichtigt werden³⁵⁸.

³⁵⁷ Vgl. dazu auch hinten, a.a.O.

³⁵⁸ Im Vergleich zur « Effektivität » meint « Effizienz » nicht eine Aufgabe möglichst gut zu erfüllen, sondern ein Ziel mit möglichst geringem Mitteleinsatz oder möglichst grossem Ertrag zu erreichen. Anhand eines Beispiels aus dem Be-

Die *effektive Ausgestaltung von Massnahmen* heisst, Antidiskriminierungsmassnahmen sollten wirksam und zielführend die Befolgung von Diskriminierungsverboten durch die Rechtsunterworfenen anstreben bzw. diskriminierende Strukturen wirksam abbauen, die Mobilisierung des Rechts bei konkreten Diskriminierungsvorfällen unterstützen sowie die Sanktionierung von Rechtsverstössen und deren Vollzug gewährleisten. Massnahmen müssen auf der angemessenen Handlungsebene ansetzen und mittels adäquater Handlungsinstrumente umgesetzt werden. Dies ist keine Selbstverständlichkeit und darf nicht in eine Politik der Sonntagsreden bzw. pro-forma-Massnahmen münden. Vielmehr bedarf dies eine systematische Konzipierung eines in sich schlüssigen und angepassten Massnahmenbündels. Konkret braucht es eine kantonale Strategie bzw. ein Konzept/Leitbild, das Ziele, Rechtsinstrumente, Handlungsebenen und Umsetzungsinstrumente definiert.

Die *juristischen Grundinstrumentarien* umfassen Diskriminierungsverbote und deren Durchsetzung (1), Fördermassnahmen (2) und Institutionen zur Gewährleistung der Durchsetzung der Diskriminierungsverbote und Umsetzung der Fördermassnahmen (3). Die *Handlungsebenen* betreffen Massnahmen zur Ermächtigung Benachteiligter (Empowerment), Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen und Massnahmen zur Gestaltung von pluralistischen Verhältnissen (Diversität). Die zu nutzenden *Handlungsinstrumente* sind die Sensibilisierung, Prävention, Intervention und Privilegierung. Die entsprechenden Instrumente und Umsetzungsinstrumente bedürfen der grundsätzlichen sowie der spezifischen rechtlichen Verankerung – dies im Integrationsgesetz und/oder in der Verordnung sowie in den die Regelstrukturen betreffenden Gesetzen. Entscheidend ist dabei auch die jeweilige Konkretisierung in Richtlinien und Handlungsanweisungen für die zuständigen Behörden und zivilgesellschaftlichen Akteure. Hierfür braucht es der Formulierung konkreter und verbindlicher Verpflichtungen.

reich des Antidiskriminierungsrechts durchgespielt, ist eine zivilrechtliche Unterlassungsanordnung an eine Discobetreiberin, die jungen Kosovo-Albanern den Einlass verwehrt, dann effektiv, wenn sie umgehend ihre diskriminierende Praxis einstellt. Als effizient kann diese zivilrechtliche Intervention aber nur dann bezeichnet werden, wenn der Clubbetreiber nicht z.B. mittels der möglicherweise kostengünstigeren Variante der ordnungsrechtlichen Ermahnung durch die zuständige Aufsichtsbehörde unter Androhung einer Ordnungsbusse und unter Hinweis auf die zivilrechtliche und strafrechtliche Rechtslage hätte überzeugt werden können, Kosovo-Albanern künftig den Einlass zu gewähren. Zur Effizienz vgl. auch DRUCKER, *The Effective Executive*, S. 1f.

02. Diskriminierungsdaten

Damit Antidiskriminierungspolitiken ziel- und prozessorientiert bzw. möglichst wirksam konzipiert, umgesetzt, evaluiert und reformuliert werden können, müssen sie an der Diskriminierungsrealität ausgerichtet werden. Kenntnisse über die von Diskriminierung betroffenen (Migrant_innen-)Gruppen, die Diskriminierungsformen und -strukturen, deren Ursachen und die betroffenen Lebensbereiche sind Voraussetzungen für die Konzipierung adäquater und wirkungsvoller Antidiskriminierungsprojekte. Die bewusste Wahl der Antidiskriminierungsmassnahmen – d.h. sowohl der Handlungsebenen als auch der Handlungsinstrumente – setzt ein relativ konkretes Problemverständnis voraus und verlangt möglichst evidenzbasierte – oder zumindest auf plausiblen Wirkungsabschätzungen ruhende – Lösungsansätze. Gerade die mit Diskriminierungen in der Regel einhergehende komplexe und mehrheitlich mehrdimensionale Ursachen- und Wirkungsstruktur (mehrdimensionale Diskriminierung) – z.B. die besonderen Herausforderungen von Migrantinnen mit Behinderung oder diejenige junger Männer bzw. von Frauen – sind genau zu analysieren, damit Diskriminierungsschutzmassnahmen auch greifen; denn Diskriminierungen sind nicht monokausal und können daher auch nicht simpel gelöst werden³⁵⁹.

So nützen beispielsweise Antirassismus-Beratungsangebote, die für bildungsferne Migrantinnen kaum zugänglich sind, sondern vorwiegend auf Schweizer_innen und gut integrierte junge, männliche Migranten ausgerichtet sind, wenig, um die Problemlagen der entsprechenden Gruppe spezifisch zu beheben.

Auch ist es etwa für eine Migrantin mit Sehbehinderung kaum dienlich, wenn kein entsprechendes, hindernisfreies Beratungsangebot zur Verfügung steht.

Ebenso ist eine Schulung für Lehrer_innen zum Thema Rassismus wirkungslos, wenn nicht die konkreten empirisch festgestellten Problemfelder – « heissen Eisen » – (so etwa die besonders starke Diskriminierung männlicher Schüler) benannt werden, sondern schlicht eine pauschale Schulung zum Thema Rassismus angeboten wird³⁶⁰.

³⁵⁹ NAGUIB, Mehrdimensionale Diskriminierung.

³⁶⁰ Daher ist es auch sinnvoll, dass Antidiskriminierungsmassnahmen flexibel formuliert werden (Vgl. hierzu etwa das Angebot der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB « Weiterbildung Rechtsratgeber », das sich einerseits an ein breites Publikum richtet, jedoch hinsichtlich Ziel, Inhalte und Methodik spezifisch mit der nachfragenden Partnerorganisation ein individuelles Programm formuliert und umsetzt. Auffindbar unter: <http://www.edi.admin.ch/frb/00538/01686/01694/index.html?lang=de>, Zugriff: 21. März 2011).

Fakt ist, dass die Datenlage zu Vorfällen ethnisch-kultureller Diskriminierung im Kanton Bern dünn ist und erhebliche Defizite an methodisch-wissenschaftlicher Absicherung der Daten bestehen. Noch problematischer ist das Datendefizit im Rahmen mehrdimensionaler Diskriminierung, so etwa bei der « Verkoppelung der Geschlechtszugehörigkeit mit weiteren Kategorien sozialer Differenzierung, wie der ethnischen Herkunft, der sexuellen Orientierung, dem elterlichen Status oder dem Lebensalter von Menschen »³⁶¹.

Datendefizite lassen sich auch für die anderen Schweizer Kantone sowie für sämtliche Städte konstatieren. Sie bestehen nach vorliegender Auffassung primär aus zwei Gründen: So war die Bekämpfung ein- und mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung soweit keine Priorität in der kantonalen Politik.

Eine genauere Betrachtung der Gründe dafür ist nicht Aufgabe der vorliegenden Expertise, doch lässt sich an dieser Stelle festhalten, dass eine wirksame kantonale Antidiskriminierungspolitik künftig auch ein Interesse an der Sammlung systematischer Diskriminierungsdaten haben sollte.

Etwas genauer sollte jedoch auf den zweiten Grund für das Datendefizit eingegangen werden: nämlich die methodischen Schwierigkeiten der Messung von Diskriminierung. Im Anschluss daran werden die bestehenden Daten strukturiert dargestellt.

A. Diskriminierung messen: Möglichkeiten und Grenzen

1. Von den Schwierigkeiten, Diskriminierung zu messen

Messung und Untersuchung von Diskriminierung ist höchst schwierig und bedarf einer Kombination unterschiedlichster methodischer Zugänge. Eine qualitativ hochstehende und nützliche Darstellung des Phänomens setzt eine breite und tiefe Palette an qualitativen und quantitativen Daten voraus. Doch auch dann wird eine vollständige Entschlüsselung der Diskriminierungsrealität aufgrund zahlreicher Unzulänglichkeiten der verschiedenen methodischen Ansätze nicht möglich sein³⁶². Dafür erweisen sich Diskriminierungsvorfälle als zu komplex, wobei diese Komplexität nicht nur aus der Vielschichtigkeit der Erscheinungsformen resultiert, sondern auch aus der Tatsache, dass Diskriminierung oft im Verborgenen abläuft und die Folge veränderter rechtlicher und gesellschaftlicher Bedingungen und Vorurteilsstrukturen in ei-

³⁶¹ LIEBIG, Auf dem Prüfstand: Gleichstellung der Geschlechter in der Schweiz, Soziale Sicherheit 6/2010, S. 302-304, 302. Interessant in diesem Zusammenhang ist die im Rahmen des NFP 60 durchgeführte empirische Studie zum Zusammenspiel von ethnischer Herkunft und Geschlecht in seiner Relevanz für den Arbeitsmarktzugang im Allgemeinen wie – am Beispiel von privaten Pflegedienstleistungen – in seiner Rolle für neue Unter- und Überordnungsverhältnisse in Familienhaushalten.

³⁶² PEUCKER, Diskriminierung, S. 17.

nem ständigen Wandel begriffen sind³⁶³. Hinzu kommt, dass sowohl die Komplexität der mehrdimensionalen Diskriminierung als auch die Heterogenität innerhalb der jeweiligen « Gruppenzugehörigkeiten » die Analyse der Benachteiligungsmechanismen vor grosse Herausforderungen stellen³⁶⁴. Schliesslich sind Daten entweder objektiv, zugleich jedoch zu spezifisch (so etwa im Rahmen gerichtlicher Verurteilungen), oder sie sind breit gefächert, jedoch durch zahlreiche subjektive Faktoren potentiell beeinträchtigt (so etwa im Rahmen von Interviews und Sammlungen von Beratungsdaten).

Zu den grundsätzlichen methodischen Problemen der Diskriminierungsmessung gehören nach ROTTLEUTHLNER/MAHLMANN³⁶⁵ zusammenfassend:

- die Klärung der Art der Handlungen, die überhaupt als Diskriminierung zählen,
- die Klärung der Gründe, die Diskriminierungsverbote erfassen,
- die Objektivierung der Einschätzung zu Diskriminierung(svorfällen),
- der Umgang mit dem Dunkelfeld von Diskriminierungen.

Bei der Messung von Diskriminierung kann methodisch sowohl auf quantitative Datenquellen und Ansätze zugegriffen werden als auch auf qualitative Informationsquellen und Ansätze³⁶⁶. In Anlehnung an PEUCKER zu den quantitativen Ansätzen gehören etwa Statistiken zur Situation der jeweiligen Gruppen auf dem Dienstleistungsmarkt, die Multivariate Analyse der statistischen Disparitäten, Testverfahren, Befragungen zu subjektiven Diskriminierungserfahrungen, quantitative Daten zu Diskriminierungsfällen wie z.B. Beschwerdedaten und Befragungen zu Einstellungen gegenüber den jeweiligen Gruppen dazu.

Jeder Ansatz hat in Bezug auf die Abbildungskompetenz der Diskriminierungsrealität seine jeweils eigenen Stärken und Schwächen. Um dem Potenzial der Abbildung der Diskriminierung möglichst nahe zu kommen, bedarf es ein methodenpluralistisches und spezifisch auf die Problemstellung ausgerichtetes Setting.

³⁶³ OLLI/OLSEN, Discrimination ; REUTER/MAKKONEN/OOSI, Data Collection ; PAGER/SHEPARD, Sociology of Discrimination ; PEUCKER, Diskriminierung, S. 17. Vgl. zudem das Fallbeispiel zur intrasektionellen Diskriminierung in NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung.

³⁶⁴ BRETTFELD/WETZELS, Muslime in Deutschland, S. 17 ; DERN/INOWLOCKI/OBERLIES/BERNSTEIN, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 9f.

³⁶⁵ Diskriminierung in Deutschland, Berlin 2011. Siehe zudem: <http://www.diskriminierung-in-deutschland.de/summary/3992273.html> (Zugriff: 20. Dezember 2010).

³⁶⁶ PEUCKER, Diskriminierung, S. 18.

2. Methodiken: Stärken und Schwächen (Mario Peucker³⁶⁷)

Abstriche in der Datenerhebung bzw. -dokumentation müssen entweder in der Qualität oder in der Quantität des Datensatzes gemacht werden. Juristisch qualitativ starke d.h. präzise Daten lassen sich vorwiegend aus materiell rechtskräftig festgestellten Rechtsverstößen (d.h. Urteilen) gewinnen. Diesen Daten mangelt es aber meist an Quantität, da nur ein sehr geringer Anteil von Diskriminierungsvorfällen überhaupt vor Gericht gelangt. Demgegenüber zeigen nicht rechtlich festgestellte Datensätze eine Möglichkeit der Breite, was aber das Defizit bzw. Risiko von qualitativ ungesicherten Daten birgt.

- *Quantitative statistische Datenquellen* zum Migrationshintergrund sind geeignet, ein deskriptives Bild der Marktsituation und der empirisch belegbaren Benachteiligung von Menschen zu zeichnen. Diese Statistiken erlauben sehr reliable Einblicke in die quantitativen Disparitäten zwischen der jeweiligen Teilpopulation einerseits und der Gesamt- bzw. Mehrheitsbevölkerung andererseits. Es bieten sich jedoch dabei keine eindeutigen Hinweise auf den kausalen Einfluss von diskriminierenden Mechanismen³⁶⁸. Problematisch ist weiter, dass es kaum Daten gibt. Während die Situation auf dem Arbeitsmarkt relativ gut dokumentiert ist, zeigt sich die Datenlage betreffend den Dienstleistungssektor relativ dünn. Zudem hängt die Validität von Aussagen über die sozioökonomische Situation der jeweiligen Gruppe massgeblich vom Differenzierungsgrad ab. So muss beispielsweise auf das Proxy-Merkmal der Nationalität zugegriffen werden, damit Rückschlüsse über Daten zu Disparitäten auf dem entsprechenden Markt zwischen den einzelnen Religionen gezogen werden können.

Die zentrale Schwäche statistischer Daten zur Marktsituation liegt in der fehlenden Kenntnis über die möglichen Erklärungsfaktoren der Marktdisparitäten und kann nur mittels ergänzender Analyseverfahren entschärft werden. Verfahren der multivariaten Regressionsanalyse basieren auf statistischen Datenquellen, die zeigen, dass die jeweilige Gruppe in bestimmten Lebensbereichen wie etwa dem Dienstleistungsmarkt eine benachteiligte Stellung einnimmt. Die Grundidee dieser Datenanalyse besteht darin, dass möglichst viele Faktoren, die in einem diskriminierungsfreien Setting Einfluss auf die Marktposition (Bonität etc.) haben mit statistischen Methoden konstant gehalten werden. Lösen sich dabei die Gruppenunterschiede zwischen der untersuchten Gruppe und der Vergleichsgruppe statistisch auf, so deutet dies darauf hin, dass die konstant gehaltenen Variablen die untersuchte Benachteiligung im Wesentlichen erklären. Bleibt aber bei einer Konstanthaltung relevanter Drittvariablen ein « unerklärter Rest » (sog. Residual-effekte), so weist dies nach der Logik des Analyseansatzes auf das Wirken diskriminierender Mechanismen hin. Problematisch an dieser Methode sind die Voraussetzung umfassender Daten-

³⁶⁷ Der folgende Text beruht im Wesentlichen auf PEUCKER, Diskriminierung.

³⁶⁸ MAKKONEN, Data Collection, S. 43.

sätze, die Kontrolle der Drittvariablen und die Tatsache, dass sich Diskriminierung nicht immer in den Datensätzen der analysierten Statistiken widerspiegelt.

- *Verfahren des Situationstestings* sind methodisch so angelegt, dass sie im Gegensatz zu rein quantitativen Statistiken und ergänzenden regressionsanalytischen Auswertungen einen validen, überzeugenden Nachweis von Diskriminierung beim Zugang zu Dienstleistungen ermöglichen. So werten etwa reale Dienstleistungsangebote in einem « real life Experiment » daraufhin getestet, ob Angehörige einer potenziell von Diskriminierung betroffenen Gruppe bei der Inanspruchnahme gegenüber Nichtangehörigen benachteiligt werden. Um dies zu erreichen, werden zwei oder mehrere Testpersonen den Zugang zu einer Dienstleistung einfordern, die sich hinsichtlich aller relevanten Eigenschaften für die Dienstleistung nicht unterscheiden (« matched pair »). Die relevanten Eigenschaften müssen jeweils auf die spezifische Dienstleistung ausgerichtet werden. Der Unterschied der beiden Tester_innen besteht etwa darin, dass sie sich bei einer Wohnungsbesichtigung ausschliesslich in ihrem Geschlecht unterscheiden, während Alter, Einkommen, Familienstand und weitere von der Vermieterin geforderten Angaben zwischen den beiden Testern übereinstimmen³⁶⁹. Bei einer sorgfältigen Planung und Durchführung von Testingverfahren können sowohl hinsichtlich Art valide Daten gewonnen werden als auch vorsichtige Rückschlüsse auf das Ausmass von Diskriminierung gezogen werden.
- *Beratungsstatistiken zu Diskriminierungsfällen* können interessante Hinweise zu Art und Ausmass von Diskriminierung geben wie etwa auf besonders betroffene Gruppen, diskriminierungssensible Lebensbereiche und konkrete Diskriminierungsgründe. Sie erlauben i.d.R. aufgrund der professionellen Kompetenz bei der Einschätzung durch die Berater_innen verlässliche Aussagen über Diskriminierungsqualitäten, wie es etwa bei Interviews mit mutmasslich von Diskriminierung Betroffenen wegen der subjektiven Gefühle nicht möglich ist. Vergleichbare Daten liegen aber erst dann vor, wenn die Datenerfassung und Beurteilung auch nach einheitlichen Standards vorgenommen werden³⁷⁰.

Hingegen erlauben Daten aus der Beratungsstatistik von Antidiskriminierungsstellen keine Aussagen über das Ausmass der Diskriminierung. Dies liegt einerseits in der fehlenden flächendeckenden Beratungsstruktur und mangelnder standardisierter Erfassung. Andererseits wenden sich viele von Diskriminierung Betroffenen aus unterschiedlichen Gründen nicht an eine Bera-

³⁶⁹ Vgl. dazu PEUCKER, Diskriminierung, S. 32f. ; KLOSE, ADS-Gutachten Testing; KLOSE, TBB-Gutachten Testing.

³⁷⁰ Vgl. Vorwort von KREIS in Beratungsnetz für Rassismusedopfer, Bericht 2009.

tungsstelle³⁷¹. Das Bild der Diskriminierungsrealität wird zudem weiter aufgrund der unterschiedlichen Rechtswegbarrieren verzerrt. So ist es etwa einer Ausländerin mit niedrigem Bildungsgrad weitaus schwieriger, an eine Beratungsstelle zu gelangen als für eine gut in die Gesellschaft integrierte *weisse Frau*³⁷².

- *Daten zu qualitativen Interviews mit mutmasslich von Diskriminierung Betroffenen* sind weder repräsentativ noch belastbar, da sie sich überwiegend auf die subjektive Dimension der Diskriminierung beziehen und damit nur begrenzt als Indikator für tatsächlich stattfindende Benachteiligung tauglich sind³⁷³. Dennoch geben solche Daten Hinweise auf gefühlte Diskriminierung, die auch wichtige Indizien für Integrationshemmnisse sein können.
- *Die qualitativen Interviews mit Unternehmer_innen und Gatekeeper_innen zur Unternehmenspolitik und Einstellung und zum Marktverhalten* illustrieren mögliche Motive und Argumentationsmuster, die bei der Auswahl handlungsleitend sind oder werden können. Die Ergebnisse sind zwar nicht repräsentativ und lassen auch keine Rückschlüsse auf das Ausmass von Diskriminierung zu, hingegen können daraus Schlüsse zur qualitativen Dimension bestimmter Diskriminierungsformen gezogen werden. Verbreitete negative Einstellungen gegenüber bestimmten Menschen führen etwa möglicherweise zu antizipierten sozialen Konflikten und ökonomischen Folgewirkungen. So könnten die Dienstleistungsunternehmen negative Kundenreaktionen und daraus resultierende ökonomische Nachteile bei der Dienstleistungsvergabe befürchten. Ein Beispiel dafür ist etwa das Argument des Discobetreibers, er müsse auf die Kundenbedürfnisse Rücksicht nehmen. Ebenso kann eine stereotype Vorstellung über den Menschen mit Behinderung etwa im Zusammenhang mit dem Abschluss einer Krankenzusatzversicherung zu automatischen Ausschlüssen führen.
- *Umfrageergebnisse über die Einstellung gegenüber Menschen mit bestimmten tatsächlichen oder zugeschriebenen Eigenschaften* vermitteln ein bestimmtes gesellschaftliches Klima und stellen somit wichtige Kontextdaten dar. Zwar lassen sich aus entsprechenden Ergebnissen keine tiefen Rückschlüsse auf die Diskriminierungsrealität ziehen, doch ist bei Personen mit höherer Neigung zu einer Negativbeurteilung der entsprechenden Gruppen tendenziell eher auch benachteiligendes oder gar diskriminierendes Verhalten gegenüber den entsprechenden Gruppen zu erwarten.

³⁷¹ So gaben bei der EU-MIDIS_Befragung 96% der türkischstämmigen Befragten in Deutschland, die in den letzten fünf Jahren Diskriminierung bei der Arbeitssuche erlebt haben, an, diese nirgends gemeldet zu haben (FRA 2009b, 205).

³⁷² Vgl. hierzu die Darstellungen zur mehrdimensionalen Diskriminierung hinten, a.a.O.; und zu den Rechtswegbarrieren hinten, a.a.O.

³⁷³ PEUCKER, Diskriminierung, S. 61.

ten. Plausibel ist auch, dass Unternehmer_innen, die selbst keine stereotypen Ressentiments aufweisen, vor dem Hintergrund eines allgemeinen gesellschaftlichen Klimas vor Dienstleistungsabschlüssen zurückschrecken, um antizipierte Konflikte innerhalb etwa der Mieterschaft einer Wohnsiedlung vorzubeugen.

- *Medienanalysen* vermitteln ein Bild über die in den Medien rezipierten Diskriminierungshandlungen bzw. über sich im öffentlichen Diskurs reproduzierende diskriminierende Einstellungen. Solche Daten sind aber nicht in der Lage, ein repräsentatives Bild über Einstellungen und Diskriminierungsvorfällen abzugeben, da sie einerseits zu wenige Informationen über die Hintergründe liefern können und andererseits die Medienberichterstattung stark von subjektiven Wahrnehmungen und gesellschaftlichen Dynamiken abhängt.

Das Grundproblem aller Methoden ist, dass noch keine juristische Beurteilung stattgefunden hat, inwiefern die Benachteiligung auch eine rechtlich relevante Diskriminierung darstellt³⁷⁴. Daher ist es unumgänglich, auch umfassende Urteilsstatistiken und Analysen von Urteiledatenbanken vorzunehmen. Diese wiederum verfügen jedoch – wie bereits erwähnt – über eine relativ schwache quantitative Aussagekraft, da sie lediglich den Spitz des Eisberges sichtbar machen.

3. Beurteilung im Lichte des VE-IntG

Kenntnisse zur Diskriminierungssituation im Kanton Bern sind Voraussetzung für eine zielführende Antidiskriminierungspolitik. Damit eine hilfreiche Übersicht gewonnen werden kann, bedarf es daher einer Konzipierung eines methodenpluralistischen Ansatzes, der Diskriminierungsdaten systematisch und regelmässig erfasst, dokumentiert, analysiert und auf ihre Nutzbarmachung überprüft und ausrichtet. Wichtig ist weiter, dass die datenschutzrechtlichen Vorgaben streng eingehalten und von Anfang an in der Planung als gewichtiges Element mitbedacht werden.

Gemäss VE-IntG ist eine regelmässige Beobachtung der Diskriminierungsvorkommnisse nicht explizit vorgesehen. Entsprechende Vorschläge zu gesetzgeberischen Anpassungen sollten daher noch in die Debatte des Grossen Rates eingebracht sowie im Rahmen der Konkretisierung in der Integrationsverordnung, im Leitbild und in den Massnahmenplänen (sowie allenfalls in einer eigenständigen Antidiskriminierungsstrategie) und in der Regelgesetzgebung vorgenommen werden. Eine genügende gesetzliche Grundlage für die Datenerhebung ist zudem Voraussetzung für die Erfassungen von persönlichkeitsensiblen Daten. Dabei besteht insbesondere hinsichtlich der Ressourcenoptimierung die Möglichkeit, eine Kooperation mit Bund und den anderen Kantonen anzustreben.

³⁷⁴ Vgl. dazu auch DERN/INOWLOCKI/OBERLIES/BERNSTEIN, Mehrdimensionale Diskriminierung, S. 9.

B. Bestandsaufnahme der Vorfälle im Kanton Bern

1. Chronologie rassistische Vorfälle in der Schweiz

Die von der Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus (GRA) und der Gemeinschaft Minderheiten Schweiz (GMS) herausgegebene jährliche Publikation *Rassismus in der Schweiz. Chronologie und Einschätzungen der rassistischen Vorfälle in der Schweiz* dokumentiert Vorfälle rassistischer Diskriminierung im öffentlichen Raum³⁷⁵. Die Daten stammen überwiegend aus Berichterstattungen in den Medien, werden mittels journalistischer Methoden überprüft und falls notwendig durch vertiefte Nachforschungen mit weiteren (inkl. nicht öffentlich zugänglichen) Informationen ergänzt. Die Bewertung der Vorfälle – insbesondere der rassistischen Dimension – beruht auf einer subjektiven, nach bestimmten Kriterien vorgenommenen Einschätzung des Verfassers der Chronologie, dem Journalisten und Rechtsextremismusexperten HANS STUTZ³⁷⁶.

In den Jahren 2006-2010 kam es gemäss Chronologie zu insgesamt 76 rassistischen Vorfällen im Kanton Bern: 17 im 2006, 23 im 2007, 19 im 2008 und 17 im 2009. Betroffen sind die Kategorien Verbaler Rassismus (30), Rechtsextreme Aufmärsche (18), Drohung/Belästigung (6), Sachbeschädigung/Schmierereien (6), Angriffe auf die körperliche Integrität (5), Diskriminierung (3), Behördenrassismus (2), Verbreitung rassistischer Schriften (1) und andere (5). Die dokumentierten Vorfälle stammen vorwiegend aus den Städten³⁷⁷, sind aber auch in zahlreichen grösseren und kleineren Gemeinden und Orten³⁷⁸ beobachtet worden.

2. Rassismusevorfälle in der Beratungspraxis (DoSyRa)

« Beim Dokumentations- und Monitoringsystem (DoSyRa) handelt es sich um eine gemeinsame Datenbank von Beratungsstellen, die ihre Fälle darin einspeisen. Es wird der rechtliche Diskriminierungsbegriff gemäss Art. 8 Abs. 2 BV verwendet. Die Fallerfassung beruht auf Wahrnehmungen, Erfahrungen und Einschätzungen der Opfer und der Beratenden. Die Fallerzählungen werden mit der Datenerfassung in analytische Merkmale von Diskriminierungsfällen übersetzt. Die einzelnen Merkmale wurden von den beteiligten Fachpersonen gemeinsam erarbeitet. Nachdem sämtliche Vorfälle von allen Beratungsstellen

³⁷⁵ Für die elektronische Version siehe <http://chronologie.gra.ch/index.php?p=4> (Zugriff: 10. Oktober 2010).

³⁷⁶ Fragen zur Methodik sind an den Autor Hans Stutz zu richten.

³⁷⁷ Bern (24), Langenthal (12), Burgdorf (5), Interlaken (5), Biel (4) und Thun (2).

³⁷⁸ Huttwil (3), Roggwil (3), Spiez (3), Lotzwil (2) und je einen Vorfall in: Belp, Bern-Bümbliz, Biglen, Bolligen, Dotzigen, Erlach, Ostermundigen, Thunstetten, Unterseen, Waltenswil, Wichtrach, Wimmis und Worb.

gemäss Kriterien dokumentiert sind, werden die Angaben von der Koordinationsstelle humanrights.ch nochmals überprüft, mit dem Ziel, allzu subjektive Elemente bei der Zuordnung durch die Beratungsperson so weit wie möglich auszugleichen. »

- *Lebensbereiche:* In den ersten zwei Berichtsjahren 2008 und 2009 wurden von der dem Beratungsnetz angeschlossenen und im Kanton Bern aktiven Stelle (gggfon – gemeinsam gegen Gewalt und Rassismus) insgesamt 31 (2008) bzw. 16 (2009) Vorfälle gemeldet. In beiden Jahren waren unterschiedlichste Lebensbereiche betroffen, so der Arbeitsmarkt mit je einem Vorfall pro Jahr, der Arbeitsplatz mit 2 (2008) bzw. 1 (2009) Vorfällen, Gaststätten/Unterhaltungsgewerbe mit 4 (2009) bzw. 2 (2009) Vorfällen, öffentlich angebotene Dienstleistungen mit je einem Vorfall pro Jahr, der öffentliche Raum war mit 12 (2008) bzw. 7 (2009) Vorfällen betroffen, Schule und Weiterbildung wurde mit 5 (2008) bzw. 2 (2009) tangiert, und ausschliesslich im 2008 betroffen waren das Gesundheitswesen, öffentliche Verkehrsmittel, Verwaltung, Werbung mit je einem Vorfall sowie der Bereich Sport/Freizeit mit 4 Vorfällen.
- *Formen:* Die Formen der Diskriminierungshandlungen berühren ebenso wie bei der Chronologie rassistische Vorfälle in der Schweiz eine breite Palette, so etwa: Verbreitung von Schriften/Tonträger je 3 Vorfälle im 2008 und 2009, Drohung 2 (2008) bzw. 1 (2009) Vorfälle, Gestik/Mimik/Geräusche je 2 Vorfälle in beiden Jahren, Sachbeschädigung je 3 Vorfälle in beiden Jahren, Angriffe auf die körperliche Integrität je 2 in beiden Jahren, Benachteiligung 3 (2008) bzw. 1 (2009) Vorfälle, Mobbing je 3 Vorfälle in beiden Jahren, verbale Äusserung 14 (2008) bzw. 2 (2009) Vorfälle, weitere je 3 Vorfälle in beiden Jahren, sowie ausschliesslich im 2008 gab es Rechtsextreme Aufmärsche/Versammlungen (5) und Leistungsverweigerungen bei Angeboten für die Allgemeinheit (3).
- *Motivlage:* 6 (2008) und 1 (2009) waren rassistisch motivierte Handlungen, 2 (2008) und 4 (2009) waren ausländerfeindliche motiviert, 7 (2008) und 2 (2009) waren fremdenfeindlich motiviert, in 6 (2008) und 1 (2009) waren andere Motivzusammenhänge ausschlaggebend, und in 3 (2008) bzw. in einem Fall (2009) konnte eine mehrdimensionale Diskriminierung festgestellt werden, je eine pro Jahr betreffend sexueller Orientierung, zudem im 2008 je eine betreffend Behinderung und soziale Stellung.

Hinter den Vorfällen standen in 11 (2008) bzw. 5 (2009) ideologische Motive, 17 (2008) bzw. 6 (2009) waren nicht ideologischer Natur, 3 (2008) bzw. 5 (2009) konnten nicht eindeutig zugeordnet werden. 7 (2008) bzw. 2 (2009) der Vorfälle waren strukturell diskriminierender Art, 20 (2008) bzw. 11 (2009) hatten zwischenmenschliche Bezüge, 4 (2008) bzw. 3 (2009) konnten nicht eindeutig zugeordnet werden.

- *Diskriminierender Akteur:* In 26 (2008) bzw. 13 (2009) handelte es sich um Diskriminierungen durch Privatpersonen, in 3 (2008) bzw. 2 (2009) waren es staatliche Diskriminierungen, in 2 (2008) bzw. 1 (2009) Vorfällen konnte keine eindeutige Zuordnung vorgenommen werden. *Diskriminierungs-betroffene:* Von der Diskriminierung betroffen waren: Menschen aus Mitteleuropa, Südosteuropa, Osteuropa, Südamerika, Nordafrika und dem Sub-Sahare Afrika. Es handelte sich sowohl um Menschen mit einer Aufenthaltsbewilligung, einer Niederlassungsbewilligung, um Schweizer, jedoch Flüchtlinge und vorläufig aufgenommene Personen fanden keinen Zugang zur Beratungsstelle.
- *Zugang zur Beratungsstelle:* Die Personen wendeten sich über unterschiedlichste Kanäle an die Beratungsstelle: telefonisch in 15 (2008) und in 9 (2009) Vorfällen, schriftlich per Brief in 2 (2008) und in 1 (2009) Vorfällen, per Email in 7 (2008) und 3 (2009), sowie persönlich in 7 (2008) und in 3 (2009) Vorfällen. Von der Beratungsstelle erfahren haben sie über Werbung in 19 (2008) und 13 (2009), sowie ausschliesslich im 2008 durch Information durch eine andere Fachstelle in einem der Fälle, durch Mund zu Mund Information in 3 der Fälle, sowie ausschliesslich im 2009 in einem der Fälle übers Internet.
- *Beratung:* Die Anfragenden wünschten anfänglich unterschiedliche Arten der Dienstleistung, die sich nur zum Teil mit der schliesslich erbrachten deckten. Die von der Beratungsstelle schliesslich erbrachten Dienstleistungen waren: einfache Beratung in 22 (2008) und in 11 (2009), Intervention in 13 (2008) und 9 (2009), Triage in 3 bzw. 6,52% (2008) und 1 (2009) sowie ausschliesslich im 2008 in 6 der Dossiers Rechtsberatung und andere in 2 der Vorfälle.

Für eine detaillierte Liste der einzelnen Vorfälle siehe hinten im Annex.

3. Datenbank zur Rassismusstrafnorm

Die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR dokumentiert die zum strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung ergangenen Urteile. Die erfassten Entscheide zeigen die Bandbreite der Fälle auf, die nach Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG von den verschiedenen Rechtsinstanzen gefällt worden sind, und bieten dem interessierten Publikum die Möglichkeit, gezielt nach Einzelfällen zu suchen. Die Datenbank schlüsselt die Informationen anhand unterschiedlicher Kriterien auf, so insbesondere hinsichtlich der entschiedenen Fälle und rechtskräftigen Urteile, der Tätergruppen, der Opfergruppen und der Tatmittel³⁷⁹.

³⁷⁹ Siehe Einteilung auf der Website der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR, so insbesondere unter: <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00172/index.html?lang=de> (Zugriff: 21. März 2011).

- *Entscheidung:* Von 1995 bis Ende 2007 sind gesamtschweizerisch 438 Anzeigen (Fälle) bei den zuständigen Behörden eingegangen, 22 davon im Kanton Bern. Innerhalb dieser Fälle kam es zu 228 materiellen Urteilen, 15 davon im Kanton Bern. In gesamtschweizerisch 42 Fällen (knapp 20% der Urteile) bzw. im Kanton Bern in 2 Fällen sprachen die gerichtlichen Behörden die angeschuldigten Personen vom Vorwurf der Rassendiskriminierung frei. 186 Fälle (gut 80% der Urteile) bzw. 13 Fälle im Kanton Bern führten zu einer Verurteilung der Angeschuldigten.

Gesamtschweizerisch wurden in einem grossen Teil der Fälle (23.4%) Privatpersonen schuldig gesprochen, im Kanton Bern sind es 2 Person aus 15 beschuldigten/angeschuldigten/angeklagten Personen. Weitere Tätergruppen sind: Angestellte im öffentlichen Dienst (CH: 11; BE: 0), politische Akteure (CH: 28; BE: 1), Medienschaffende/ Verleger (CH: 23; BE: 0), Kollektive Akteure (CH: 25; BE: 0), Akteure im Dienstleistungssektor (CH: 30; BE: 0), Rechtsextreme (CH: 83, BE: 4), Jugendliche (CH: 27, BE: 1), unbekannte Täterschaft (CH: 11; BE: 0). Keine Angaben zur Täterschaft gibt es in insgesamt 52 (CH) beziehungsweise 8 (BE) Fällen.

- *Tatopfer:* Als Opfer waren Angehörige der jüdischen Religionsgemeinschaft am häufigsten betroffen (CH: 121; BE: 1). Weitere Opfergruppen sind: Musliminnen und Muslime (CH: 12; BE: 0), Angehörige anderer Religionsgemeinschaften (CH: 3; BE: 0), Schwarze/ Dunkelhäutige (CH: 77; BE: 1), Fahrende/ Zigeuner (CH: 6; BE: 0), Ausländer_innen im Allgemeinen /Verschiedene Ethnien (CH: 115, BE: 3), Asyl Suchende (CH: 16; BE: 1), Mehrheitsangehörige/ Weisse (CH: 5; BE:), weitere Personengruppen (CH: 10; BE:). Keine Angaben zur Opfergruppe gibt es zu insgesamt 122 (CH) bzw. 10 (BE) Fällen.
- *Täter:* Die Übersicht über die Tatmittel macht deutlich, dass rassendiskriminierende Übergriffe vornehmlich durch verbale oder schriftliche Äusserungen (CH: 420; BE: 7) begangen werden, gefolgt von der Verbreitung rassistischen Materials (CH: 53; BE: 1). Weitere Tatmittel sind: Tätlichkeiten (CH: 18; BE: 0), Gesten/Gebärden (CH: 40; BE: 0), Leistungsverweigerung (CH: 15; BE: 0) und « weitere Tatmittel » (CH: 58; BE: 1). Keine Angaben zu den Tatmitteln gibt es in insgesamt 58 (CH) beziehungsweise 8 (BE) Fällen.

Für eine detaillierte Liste der einzelnen Vorfälle siehe hinten im Annex.

4. Wissenschaftliche Studien

Es gibt kaum wissenschaftliche Studien zum Vorkommen von ein- oder mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung im Kanton Bern und im Rest der Schweiz. Studien, die sich auf die gesamte

Schweiz beziehen, gibt es vorwiegend im Bereich des Arbeitslebens³⁸⁰. Laut der im Auftrag der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB im 2003 erstellten Studie « Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt » ist die Ungleichbehandlung von Menschen mit Migrationshintergrund auf dem schweizerischen Arbeitsmarkt eine Realität. Ungleichbehandlung kommt sowohl « vor dem Markt », « im Grenzbereich zum Markt » sowie « auf dem Markt » vor.

Ungleichbehandlung « vor dem Markt » zeigt sich beim unterschiedlichen Bildungsniveau, beim Aufenthaltsstatus, bei den Sozialleistungen und bei der Anerkennung von Diplomen³⁸¹. Sprachkenntnisse, das generelle Bildungsniveau, der Aufenthaltsstatus und die Anerkennung von Diplomen sind Faktoren, welche entscheidend sind für die Chance, eine qualitativ hochstehende oder überhaupt eine Arbeitsstelle zu finden³⁸². Zudem sind sie mitbestimmend für die Einkommenshöhe³⁸³. Statistische Angaben hinsichtlich Bildungsstand und Weiterbildung zeigen ein starkes Bildungsgefälle unter den ausländischen Arbeitnehmenden, dies im Gegensatz zu den Schweizer_innen. Zudem verfügen ca. 40% der ausländischen Arbeitnehmenden über eine mittlere Bildung. Bei den Schweizer_innen liegt der Prozentsatz bei 60%³⁸⁴.

³⁸⁰ Siehe etwa DAHINDEN/FIBBI/MORET/CATTACIN, Integration am Arbeitsplatz in der Schweiz. Probleme und Massnahmen, Ergebnisse einer Aktionsforschung, Forschung, Schweizerisches Forum für Migrations- und Bevölkerungsstudien FSM/SFM, Forschungsbericht 32/2004; HAEBERLIN/IMDORF /KRONIG, Chancenungleichheit bei der Lehrstellensuche. Der Einfluss von Schule, Herkunft und Geschlecht, NFP 43, Bern / Aarau, 2004; THERES EGGER, Integration und Arbeit. Handlungsfelder, Akteure und Ansatzpunkte zur Besserstellung von Ausländerinnen und Ausländern auf dem Schweizer Arbeitsmarkt, Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, BASS, November 2003. Die Kurzfassung der Studie « Arbeitswelt ohne Diskriminierung. Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung am Arbeitsplatz » (zit. Arbeitswelt ohne Diskriminierung) kann bei der Fachstelle für Rassismusbekämpfung bestellt werden unter: <http://www.edi.admin.ch/frb/dokumentation/shoph/00024/index.html?lang=de> (Zugriff: 26.11.2010); EGGER/BAUER/KÜNZLI, Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt. Eine Bestandesaufnahme von Problemlagen und Handlungsmöglichkeiten, Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, BASS, April 2003; FIBBI/KAYA/PIQUET, Le passeport ou le diplome? Etude des discriminations à l'embauche des jeunes issus de la migration, FSM / SFM, Rapport de recherche 31/2003.

³⁸¹ THERES EGGER, Integration und Arbeit. Handlungsfelder, Akteure und Ansatzpunkte zur Besserstellung von Ausländerinnen und Ausländern auf dem Schweizer Arbeitsmarkt, Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, BASS, November 2003. Die Kurzfassung der Studie « Arbeitswelt ohne Diskriminierung. Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung am Arbeitsplatz » (zit. Arbeitswelt ohne Diskriminierung) kann bei der Fachstelle für Rassismusbekämpfung bestellt werden unter: <http://www.edi.admin.ch/frb/dokumentation/shoph/00024/index.html?lang=de> (Zugriff: 26.11.2010).

³⁸² ALEXANDRA CAPLAZI / TAREK NAGUIB, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, S. 5.

³⁸³ Arbeitswelt ohne Diskriminierung.

³⁸⁴ THERES EGGER / TOBIAS BAUER / KILIAN KÜNZLI, Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt. Eine Bestandesaufnahme von Problemlagen und Handlungsmöglichkeiten, Büro für Arbeits- und Sozialpolitische Studien, BASS, April 2003.

Ungleichbehandlung im « Grenzbereich zum Markt » lässt sich bei der Berufsbildung, bei den Lehrstellen, bei der Stellenvermittlung sowie bei den Beschäftigungsprogrammen beobachten. In diesen Bereichen werden die letzten entscheidenden Weichen gestellt, um sich bei der Arbeitssuche bewähren zu können. Eine im Rahmen des Nationalfondsprogramms 43 (NFP 43) entstandene Studie zeigt, dass im selben Zeitraum, in dem 70% der interessierten Schweizer Jugendlichen einen Lehrvertrag unterschrieben oder mündlich vereinbart hatten, nur 44% der interessierten ausländischen Jugendlichen eine Lehrstelle erhielten³⁸⁵. Eine weitere Studie belegt, dass Jugendliche « Secondos » in Konkurrenz mit einem jungen Schweizer, der dieselbe Schulbank gedrückt und dieselbe Lehre erfolgreich absolviert hat, weniger Chancen haben, eine Arbeitsstelle zu finden³⁸⁶.

Ungleichbehandlung « auf dem Markt » geschieht bei der Anstellung, bei der Festlegung des Vertragsinhaltes (z.B. Lohn), während des Arbeitsverhältnisses sowie bei der Kündigung³⁸⁷. Ungleichbehandlung und Diskriminierung während des Arbeitsverhältnisses reichen von verschiedenen Diskriminierungsformen im Rahmen der Vergabe freiwilliger Leistungen, der Beförderung, dem Arbeitsschutz, der Weiterbildung und Umschulung bis zum wissentlich und willentlichen oder unbewussten intoleranten Umgang mit den Menschen bezüglich ihren kulturspezifischen Bedürfnissen. Eine häufige Form ethnisch-kultureller Diskriminierung ist die rassistische Äusserung³⁸⁸.

C. Diskriminierungstypen

Trotz der sehr dünnen Datenlage zum Vorkommen ein- und mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung im Kanton Bern, kann festgestellt werden, dass sich Diskriminierung in allen Lebensbereichen und in unterschiedlichsten Formen manifestiert, verschiedene diskriminierende Akteure, Diskriminierungsbetroffene und Mittel daran beteiligt sind. Im Folgenden werden die Daten anhand von fünf Typologisierungsmöglichkeiten strukturiert. Die Strukturierung dient einerseits der Klärung, ob Diskriminierungshandlungen rechtliche Verstösse darstellen. Andererseits hilft eine Aufschlüsselung bei der präziseren Formulierung konkreter Massnahmen.

³⁸⁵ HAEBERLIN/IMDORF/KRONIG, Chancenungleichheit bei der Lehrstellensuche. Der Einfluss von Schule, Herkunft und Geschlecht, NFP 43, Bern / Aarau, 2004.

³⁸⁶ FIBBI/KAYA/PIQUET, Le passeport ou le diplome? Etude des discriminations à l'embauche des jeunes issus de la migration, FSM / SFM, Rapport de recherche 31/2003, S. 7.

³⁸⁷ Arbeitswelt ohne Diskriminierung, S. 6ff.

³⁸⁸ CAPLAZI/NAGUIB, Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, S. 5.

1. Direkte / indirekte

Diskriminierungen manifestieren sich sowohl als direkte als auch als indirekte Diskriminierung³⁸⁹. Die 13 Fälle aus dem Kanton Bern sind mit grosser Wahrscheinlichkeit vom Typ der direkten Diskriminierung, auch wenn eine abschliessende Beurteilung mangels vertiefter Faktenkenntnisse nicht vorgenommen werden kann. Zu den direkten Diskriminierungen gehören etwa die 13 festgestellten Verstösse gegen das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung sowie vereinzelt auch die im Rahmen des DoSyRa-Netzwerkes erhobenen Verstösse direkt diskriminierender Natur wie z.B. das Mobbing einer dunkelhäutigen Frau durch eine Nachbarin oder die rassistischen Sprüche und Sprayereien.

Die juristische Typologisierung ist entscheidend für die Beurteilung, ob eine Diskriminierung ein Rechtsverstoss darstellt oder nicht bzw. aufgrund welcher rechtsdogmatischen Grundsätze die rechtliche Prüfung vorgenommen wird. Bei rechtlich relevanten Diskriminierungen ist es grundsätzlich möglich oder verpflichtend, auf der Basis der geltenden Gesetzgebung zu intervenieren. Einerseits kann die betroffene Person eine Intervention verlangen – etwa über eine zivilrechtliche Klage, eine Strafanzeige oder eine Beschwerde. Andererseits ist im Rahmen aufsichtsrechtlicher Regulierungen eine staatliche Intervention von Amtes wegen möglich. Die juristische Typologisierung dient auch dem Gesetzgeber der Klärung, wie angemessene neue Regulierungen vorgenommen werden können³⁹⁰.

2. Eindimensionale / mehrdimensionale

Eine These der jüngsten Rechts- und Sozialwissenschaften tendiert dazu, Diskriminierungsvorfälle stets als mehrdimensional zu qualifizieren³⁹¹. Sie gehen davon aus, dass kaum je nur eine Dimension ausschlaggebend sein kann, da die Lebensrealitäten bzw. Motivlagen i.d.R. weitaus komplexer sind. Dem steht in gewissem Masse die hier vorgestellte Datenlage entgegen.

Die Unterschiede in den Einschätzungen basieren vermutlich darauf, dass die Diskussion rund um die Problematik der mehrdimensionalen Diskriminierung noch jung und unerfahren ist; insbesondere ist sowohl auf theoretischer als auch auf praktischer Ebene noch weitgehend unklar, wie das « Konzept » der mehrdimensionalen Diskriminierung operationalisiert werden soll. So ist das Verständnis bereits auf theoretischer Ebene relativ komplex, was sich wiederum auf die Antidiskriminierungspraxis auswirkt, die –

³⁸⁹ Zu den Begrifflichkeiten siehe vorne, a.a.O.

³⁹⁰ Siehe auch hinten, a.a.O.

³⁹¹ Vgl. hierzu etwa BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung.

um wirkungsvoll agieren zu können – oft klare Strategien wählen muss, dadurch die Komplexität reduzieren möchte, damit auch gezielter interveniert werden kann³⁹².

Nach vorliegender Auffassung liegt in der noch mangelhaften theoretischen Durchdringung und praktischen Operationalisierung der Problematik der mehrdimensionalen Diskriminierung Potential im Diskriminierungsschutz brach: Gerade bei Vorliegen mehrdimensionaler Diskriminierung bedarf es etwa unterschiedlicher Beratungsmechanismen, aber ebenso unterschiedliche Präventions- und Sensibilisierungsansätze³⁹³. Auch auf der Ebene der harten rechtlichen Intervention zeigt sich die Bedeutung, so etwa hinsichtlich der Rechtfertigung einer Diskriminierung³⁹⁴. Schliesslich ist ein Abklopfen von Diskriminierungsfällen auf ihre Mehrdimensionalität hin auch aus der Perspektive der rechtlichen Intervention entscheidend, zumindest so lange das schweizerische Diskriminierungsschutzrecht in sich noch einer hierarchisierenden Schutzstruktur folgt³⁹⁵.

3. Präferenzbedingte / statistische

Unter den dargestellten Daten finden sich sowohl präferenzbedingte als auch statistische bzw. quasi-statistische Diskriminierungen³⁹⁶. Zwar lässt sich mit Ausnahme der Urteile zum strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung nicht einwandfrei feststellen, ob Benachteiligungen tatsächlich auch Diskriminierungen sind. Jedoch zeigt sich, dass ein grosser Teil der mutmasslichen Diskriminierungsvorfälle präferenzbedingte Ungleichbehandlungen bzw. Diskriminierungen darstellen, so etwa die Vorfälle zu den antisemitischen Sprayereien. Statistische Diskriminierungen wiederum sind im Zusammenhang mit Versicherungspolizen und bei Weigerungen, bestimmten Personengruppen den Einlass in Discos zu gewähren, zu beobachten – oft auch in Kombination mit einer präferenzbedingten Diskriminierung. Doch kann auch hier aufgrund mangelnder Detailkenntnisse keine abschliessende Beurteilung vorgenommen werden.

Die ökonomische Typologisierung dient einerseits der rechtlichen Einschätzung, so etwa der Klärung, ob eine Benachteiligung auf statistischer Ebene gerechtfertigt ist oder nicht, bzw. welche Rechtferti-

³⁹² Zum Problem siehe etwa BAER/BITTNER/GÖTSCHKE, Mehrdimensionale Diskriminierung; NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung. Zur relativen Irrelevanz in der Gerichtspraxis des Bundesgerichts siehe etwa PÄRLI, Mehrfachdiskriminierung.

³⁹³ Siehe hierzu etwa FENT, Mehrfachdiskriminierung; ebenso die Aussagen im Rahmen eines Workshops vom März 2010 am Lehrstuhl für öffentliches Recht und Gender Studien an der Humboldt-Universität: Gemäss Aussagen der Teilnehmer_innen aus der Beratungsarbeit ist die Kenntnis der unterschiedlichen Diskriminierungsdimensionen, die für einen Diskriminierungsvorfall bedeutend sind, etwa entscheidend für die Akteure und die rechtlichen Grundlagen, die für die Lösung des Konflikts konsultiert werden müssen.

³⁹⁴ Vgl. hierzu NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung; DERS., Mehrdimensionale Diskriminierung; MAKKONEN, multiple discrimination; und BAER/BITTNER/GÖTSCHKE, Mehrdimensionale Diskriminierung.

³⁹⁵ Vgl. hierzu weiter hinten, a.a.O.

³⁹⁶ Zu den Begrifflichkeiten siehe vorne, a.a.O.

gungsmassstäbe gelten sollen. Ebenso erlauben sie dem Gesetzgeber die Prüfung möglicher Massnahmen zur Regulierung statistischer Diskriminierung. Zentral ist die Typologisierung aber insbesondere für die weichen Antidiskriminierungsmassnahmen, so etwa für die Klärung, auf welcher Handlungsebene sie ansetzen müssen und welches Instrumentarium eingesetzt werden soll, damit sie wirkungsvoll sind. Während etwa präferenzbedingte Diskriminierungen oft mittels harter Interventions- und Präventionsmassnahmen bekämpft werden müssen, bedürfen statistische Diskriminierungen anderweitige Mechanismen, da hier Interventionen Kosten der Diskriminierenden nach sich ziehen können.

4. Gewalt, Äusserung, Ungleichbehandlung, Schutzunterlassung

Die Datenlage macht sichtbar, dass Diskriminierungen sowohl durch Gewalt, Äusserungen, andere Formen von Ungleichbehandlungen und Schutzunterlassungen vorkommen³⁹⁷. Angriffe auf die körperliche Integrität wurden im Rahmen des DoSyRa-Netzwerkes im Kanton Bern etwa 5 pro Jahr dokumentiert. Rassistische Äusserungen – wie etwa rassistische Beschimpfungen (z.B. «Scheiss Jugo» oder das Sprayen von Nazi-Zeichen) – und Benachteiligungen wurden regelmässig im Miet- und Arbeitsverhältnissen, aber auch im Freizeitbereich (z.B. Verweigerung des Einlasses in eine Diskothek) dokumentiert. Auch Schutzunterlassungen sind vorgekommen, werden jedoch aufgrund der Schwierigkeiten, diese festzustellen, eher selten dokumentiert.

Die Unterscheidung in Gewalthandlungen, Äusserungen, Ungleichbehandlungen und Schutzunterlassungen ist eine hilfreiche Typologisierung im Rahmen der Sensibilisierungs-, Präventions- und Interventionsarbeit. Die unterschiedlichen Diskriminierungsformen haben jeweils spezifische Ausprägungen, insbesondere hinsichtlich ihrer Wirkung. So ist eine Gewalthandlung eine im Grundsatz sehr schwerwiegende Diskriminierungshandlung, die in der Regeln Opferschutzmassnahmen und Interventionsmacht nach sich ziehen muss. Demgegenüber erfordern diskriminierende Schutzunterlassungen Massnahmen im Bereich der Sensibilisierung aber auch mittels konkreter Handlungsanweisungen an diejenigen, die für den Schutz verantwortlich sind bzw. sein müssten.

5. Interpersonelle / strukturelle

7 bzw. 2 der in den Jahren 2008/2009 vom DoSyRa-Projekt dokumentierten Diskriminierungsvorfälle weisen vermutungsweise überwiegend strukturelle, und im 2009 11 überwiegend zwischenmenschliche Dimensionen auf.

Die Typologisierung ist für die Antidiskriminierungsarbeit zentral, da strukturelle Diskriminierungen im Gegensatz zu interpersonellen Diskriminierungen in der Regel nur durch gezielte Interventionen bei den

³⁹⁷ Eine solche Typologisierung wird z.B. in FRB, 3Rechtsratgeber. Rassistische Diskriminierung, vorgenommen.

problematischen Strukturen – und gerade nicht bei den diskriminierenden Personen – ansetzen müssen, während bei interpersoneller Diskriminierung entweder harte rechtliche bzw. quasi-rechtliche Interventionen oder weiche Sensibilisierungsmassnahmen gefordert sind.



03. Rechtslage

A. Übersicht

Das für den Kanton Bern bedeutende Diskriminierungsschutzrecht umfasst rechtliche Vorgaben aller drei Stufen des eidgenössischen Gemeinwesens: das Bundesrecht (inkl. des für die Schweiz verbindlichen Völkerrechts), das Recht des Kantons Bern sowie das Recht der Gemeinden des Kantons Bern. Diese darzustellen ist Ziel des *Kapitels 04. Rechtslage*. Es wird auf die Diskriminierungsverbote und andererseits auf die staatlichen Pflichten zum Schutz vor Diskriminierung und zum Abbau struktureller Diskriminierungen eingegangen – dies entlang der folgenden dreiteiligen theoretischen Grundstruktur des Diskriminierungsschutzes (s. auch Grundpflichten, a.a.O.).

- Diskriminierungsverbote,
- Fördermassnahmen,
- Institutionelle Absicherung.

Folglich wird kurz auf die verfassungsrechtliche Zuständigkeitsordnung zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden im Bereich des Antidiskriminierungsrechts eingegangen und die einschlägige Rechtslage zu den Verboten und staatlichen Pflichten zum Schutz vor und Abbau von Diskriminierungen kurz skizziert. Im Anschluss daran wird die objektive Rechtslage betreffend die drei Rechtsinstrumenterierien vertieft dargestellt.

1. Kompetenzordnung

a. Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen

Gemäss bundesverfassungsrechtlicher Kompetenzausscheidung üben die Kantone alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind³⁹⁸. Gemäss Art. 42 BV erfüllt der Bund die Aufgaben, die ihm die Bundesverfassung zuweist. Im Übrigen bleiben die Kantone zuständig und bestimmen selber, welche Aufgaben sie in diesem Rahmen erfüllen (Art. 43 BV). Gemäss dem in Art. 42 Abs. 2 BV festgehaltenen Subsidiaritätsprinzip übernimmt der Bund jedoch nur Aufgaben, welche die Kraft der Kantone übersteigen oder einer einheitlichen Regelung durch den Bund bedürfen (Art. 43a Abs. 1 BV). Systemgerecht geht der Verfassungsgeber von der Aufzählung der Bundeskompetenzen und nicht von der Enumeration der kantonalen Kompetenzen aus (Art. 3 und 42 BV), wobei die Kompetenzen des Bundes durch Einzelermächtigungen, nicht durch generelle Ermächtigungen umschrieben werden. Hingegen werden aufgrund

³⁹⁸ HÄFELIN/HALLER, Bundesstaatsrecht. Es besteht also eine subsidiäre Generalklausel zugunsten der Kantone.

von vier Ausnahmen auch kantonale Kompetenzen in der Bundesverfassung aufgeführt; diese sind: Ermächtigung der Kantone, bundesrechtlich garantierte Freiheitsrechte einzuschränken³⁹⁹; Schaffung einer Ausnahme von einer umfassenden Bundeskompetenz⁴⁰⁰; Vorsehen einer Bundesregelung unter Vorbehalt des Vollzuges durch die Kantone⁴⁰¹; und insbesondere eine präzisierende Umschreibung der den Kantonen verbleibenden Kompetenz im Rahmen paralleler Zuständigkeiten⁴⁰².

Im Bereich der Bekämpfung ein- oder mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung oder Diskriminierung anderweitiger Natur sieht die Bundesverfassung keine spezifische Zuständigkeitsregelung vor. Dies wäre auch nicht angemessen, da Diskriminierungen das gesamte Spektrum der Lebensbereiche betrifft⁴⁰³ und damit auch die Regulierung von ethnisch-kultureller Diskriminierung sowohl die Zuständigkeitsbereiche von Bund als auch diejenigen der Kantone tangieren – bzw. gemäss innerkantonaler Kompetenzausscheidung auch in die Zuständigkeit der Gemeinden fallen können. Je nach Rechts- oder Aufgabenbereich liegt die Regulierungskompetenz in ausschliesslicher oder paralleler Kompetenz von Bund und Kantonen. Daher braucht es für eine Klärung, ob der Kanton Bern für gesetzgeberische und administrative Massnahmen zum Schutz vor Diskriminierung von Ausländer_innen zuständig ist, primär eine Prüfung, ob die jeweiligen Massnahmen in einem Kompetenzbereich des Kantons Bern fallen.

Im Grundsatz gilt:

- Überall dort, wo der Kanton eine Zuständigkeit hat, hat er auch die Kompetenz, diskriminierungsschutzrechtliche Regelungen einzuführen und entsprechend zu vollziehen, wobei hier allenfalls auch zwischen Gesetzgebungs- und Vollzugskompetenzen zu unterscheiden ist. Betroffen sind etwa die folgenden staatlichen Aufgaben: (soziale) Sicherheit, Bildung, Integration, Gesundheit, Wahrung des öffentlichen Friedens, Arbeit, Religionsausübung, *Familie und Freunde* und *Kultur und Freizeit*. Daher ist der Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung im Rahmen der Integrationspolitik im Wesentlichen eine Querschnittsaufgabe, die sämtliche Lebensbereiche und Staatsaufgaben betreffen. Er umfasst den Schutz der sozialen Sicherheit, der Ruhe und Ordnung, die Gewährleistung des Zuganges zu ökonomischen Ressourcen (Arbeit, Soziale Sicherheit), den Zugang zu kulturellen Ressourcen (Grundschule, weiteführende Schule, Kultur), den Zugang zu sozialen Ressourcen (Kultur, Freizeitangebote).

³⁹⁹ So z.B. Art. 94 Abs. 4 BV betreffend Monopole der Kantone.

⁴⁰⁰ So z.B. Art. 56 Abs. 1 im Verhältnis zu Art. 54 Abs. 1 BV betreffend die Kompetenz zum Abschluss von Staatsverträgen.

⁴⁰¹ So z.B. Art. 74 Abs. 3 BV betreffend Umweltschutz.

⁴⁰² So z.B. Art. 76 Abs. 4 BV.

⁴⁰³ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

Auf gesetzgeberischer Ebene kann das Folgende festgehalten werden:

- Keine Kompetenzen hat der Kanton Bern im Bereich des Straf- und des Zivilrechts. Sowohl auf dem Gebiet des Zivil- und Zivilprozessrechts (Art. 122 BV) als auch auf dem Gebiet des Straf- und Strafprozessrechts (Art. 123 BV) liegt die Kompetenz zur Gesetzgebung ausschliesslich beim Bund. Jedoch steht ihm die Möglichkeit offen, über die staatsrechtlichen Mitwirkungsinstrumente Einfluss auf die Bundesgesetzgebung zu nehmen. Käme der Kanton Bern beispielsweise zum Schluss, dass der Diskriminierungsschutz – ergänzend zu den kantonalen Massnahmen – auch eine Stärkung im Bereich des Straf- und Zivilrechts benötigt, könnte er mittels der verfassungsrechtlichen Mitwirkungsinstrumente (wie z.B. der Standesinitiative⁴⁰⁴) eine entsprechende Forderung platzieren⁴⁰⁵.
- Im Verwaltungsrecht bestehen ausschliessliche oder parallele kantonale Kompetenzen, in dessen Bereichen jeweils auch die Kompetenz zum Erlass von antidiskriminierungs- und gleichstellungsrechtlichen Vorgaben mitumfasst ist. Im Rahmen der Integrationspolitik besteht eine Parallelkompetenz, wobei die Kantone in der Ausgestaltung mehrheitlich frei sind. Wichtig ist, dass hier die spezifischen Regelungen der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung respektiert werden⁴⁰⁶, denn die Integrationspolitik betrifft einerseits Bereiche die der Bundeszuständigkeit unterworfen sind. Andererseits betrifft sie verschiedene andere Bereiche, die vollständig oder teilweise der kantonalen Zuständigkeit unterstellt sind, so etwa das Gesundheitswesen, das Schulwesen, der Bereich Kultur, das Hochschulwesen, die Wahrung des religiösen Friedens. Parallele Kompetenzen bestehen etwa in den Bereichen Sicherheit (Art. 57 BV), Hochschulen (Art. 63a BV) und Wahrung des religiösen Friedens (Art. 72 Abs. 2 BV).

Abschliessend lässt sich festhalten, dass auf der Grundlage von Art. 53 Abs. 1 eine gemeinsame Zuständigkeit für die Integration von Ausländer_innen zwischen Bund und Kantonen besteht, die im Wesentlichen über die bestehenden Instrumente der Zusammenarbeit im Rahmen des « kooperativen Föderalismus » umgesetzt bzw. verhandelt werden sollten.

b. Kompetenzausscheidung zwischen dem Kanton Bern und seinen Gemeinden

Auf innerkantonaler Ebene richtet sich die Kompetenzausscheidung zwischen dem Kanton Bern und seinen Gemeinden nach der Kantonsverfassung und der Bundesverfassung. Gemeindeaufgaben sind entweder übertragene oder selbstgewählte Aufgaben (Art. 61 Abs. 1 GG). Übertragene Aufgaben werden den

⁴⁰⁴ Art. 160 Abs. 1 BV.

⁴⁰⁵ Zur Mitwirkung der Kantone an der Willensbildung des Bundes siehe Art. 45 BV:

⁴⁰⁶ Vgl. hierzu Art. 53 Abs. 1 AuG.

Gemeinden durch den Kanton (oder ausnahmsweise durch den Bund) verbindlich zugewiesen, sind also obligatorische Aufgaben, welche die Gemeinden nach Massgabe der übergeordneten gesetzlichen Vorschriften wahrnehmen müssen. Daher orientiert sich eine Klärung der Zuständigkeiten im Bereich des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung im Rahmen der kantonalen und kommunalen Integrationspolitiken sowohl an der kantonalen Verfassung als auch am VE-IntG. Zentral ist, dass die Integration einerseits als eigenständige Aufgabe sowohl in die parallele Zuständigkeit des Kantons und der Gemeinden fällt.

Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft werden nach dem VE-IntG künftig in die Parallelkompetenz von Kanton und Gemeinden (Art. 15 Abs. 1). Die Umsetzung der Massnahmen soll über die Regelstrukturen realisiert werden. Dies heisst, dass anhand der Massnahmen jeweils einzeln geprüft werden muss, in welchen verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsbereich diese fallen. Für den Diskriminierungsschutz von Interesse sind insbesondere die Bereiche öffentliche Ordnung und Sicherheit (Art. 37 KV), soziale Sicherheit (Art. 38-40 KV, so insbesondere Art. 39 zu Arbeit und Art. 40 zu Wohnung), Gesundheit (Art. 41 KV), Bildung und Forschung (Art. 42, 43 und 45 KV), Kultur (Art. 48 KV), Freizeit, Sport und Erholung (Art. 49 KV) und Wirtschaft (Art. 50 KV). Im Bereich der Finanzierung zur Verhinderung oder Beseitigung ethnisch-kultureller Diskriminierung orientiert sich die Zuständigkeit an der Spezialgesetzgebung und an Art. 21 VE-IntG.

Weil die Verfassung indes mehrheitlich nicht klärt, wie und in welchem Umfang die einzelnen Aufgaben durch den Kanton oder durch die Gemeinden wahrgenommen werden sollen, ist die konkrete Aufgabenteilung Sache der Spezialgesetzgebung. Doch kann eine spezifische Klärung der jeweiligen Kompetenzen im Rahmen der Umsetzung des Integrationsgesetzes hier nicht vorgenommen werden, da dies den Rahmen sprengen würde. An dieser Stelle festgehalten werden kann einzig, dass als unmittelbare Folge des Projekts « Aufgabenteilung » der Kanton die Aufgaben in den Bereichen Spitäler, Berufsbildung im Gesundheitswesen, Psychiatrie und Polizei vollständig übernommen hat. Diskriminierungsschutz- bzw. integrationspolitische Massnahmen in diesem Bereich fallen also ausschliesslich in die Zuständigkeit des Kantons.

Vor diesem Hintergrund ist es empfehlenswert, dass der Kanton im Rahmen der Erarbeitung der Massnahmenpläne gemäss Art. 16 Abs. 2 IntG eine Kompetenzausscheidung vornehmen sollte, dies gemeinsam mit den Gemeinden. Zuständig für die entsprechenden juristischen Abklärungen ist die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion. Wegleitend für die Kompetenzausscheidung sind die Prinzipien der Subsidiarität und der fiskalischen Äquivalenz⁴⁰⁷. Subsidiarität bedeutet, dass der Kanton (nur) die Aufgaben wahrnimmt, welche die Gemeinden nicht oder nicht effizient genug erfüllen können. Fiskalische Äquivalenz entspricht dem Motto « Wer bestellt oder profitiert, zahlt » und bedeutet, dass kantonale Aufgaben

⁴⁰⁷ Dazu Vortrag FILAG, 3.

durch den Kanton und kommunale Aufgaben durch die Gemeinden finanziert werden⁴⁰⁸; für Verbundaufgaben werden Entscheidbefugnisse und Finanzierung stufengerecht und im Sinne grösstmöglicher Effizienz geregelt.

2. Bundesrecht

a. Diskriminierungsverbote

Das Bundesrecht umfasst zwei ausdrückliche Verbote im Bereich der ethnisch-kulturellen Diskriminierung. So untersagt das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot des Bundes die Diskriminierung, namentlich wegen « der Herkunft, der Rasse, (...) der Sprache, (...) der religiösen (...) Überzeugung (...) »⁴⁰⁹. Zu den bestehenden verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten kommen äquivalente völkerrechtliche Verbote der ethnisch-kulturellen Diskriminierung hinzu, die in verschiedenen für die Schweiz verbindlichen Menschenrechtsverträgen verankert sind⁴¹⁰. Weiter beinhaltet das Bundesrecht strafrechtliche Verbote zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der « Rasse », der Ethnie und der Religion⁴¹¹.

Darüber hinaus gibt es keine weiteren Bestimmungen, die ausdrücklich vor ethnisch-kultureller Diskriminierung Schutz gewährleisten. Insbesondere hat der Bundesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Privatrechts keinen Gebrauch gemacht, den privatrechtlichen Diskriminierungsschutz auszubauen⁴¹². Ebenso wurden im öffentlichen Recht des Bundes – insbesondere im Verwaltungsrecht – keine Bestimmungen geschaffen, die den Diskriminierungsschutz explizit verbessern⁴¹³. Zurzeit sind die von privater Diskriminierung Betroffenen auf den impliziten Schutz der allgemeinen Bestimmungen im Privat-, Straf- und Verwaltungsrecht angewiesen⁴¹⁴.

Weitet man den Blickwinkel auf Tatbestände der mehrdimensionalen ethnisch-kulturellen Diskriminierung aus, geraten weitere explizite Diskriminierungsverbote des Bundesrechts in den Fokus:

⁴⁰⁸ MÜLLER/FELLER, *Bernisches Verwaltungsrecht*, S. 198. Vgl. auch SALADIN, N. 116 zu Art. 3 aBV.

⁴⁰⁹ Art. 8 Abs. 2 BV.

⁴¹⁰ Vgl. hierzu hinten, a.a.O.

⁴¹¹ Art. 261^{bis} StGB, 171c MStG.

⁴¹² Siehe hierzu auch die Bemerkungen in der Botschaft zur Ratifizierung der UNO-Rassendiskriminierungskonvention sowie zum strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung, a.a.O.

⁴¹³ Eine sich in Planung befindende Ergänzung verschiedener Regelgesetze läuft auf allgemeine programmatische Gleichstellungssätze und Diskriminierungsverbote hinaus.

⁴¹⁴ Siehe hierzu hinten, a.a.O.

- Dazu gehören zum Einen die verfassungs- und völkerrechtlichen Verbote der Diskriminierung wegen der sozialen Stellung, der sexuellen Orientierung, des Geschlechts, des Alters und einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung⁴¹⁵.
- Von Bedeutung sind zum Andern auch die Schutzgesetze im Bereich der Frauengleichstellung, der Behindertengleichstellung und der teilweise realisierten Gleichstellung homosexueller Paare betreffend das partnerschaftliche Zusammenleben. Namentlich sind dies das Gleichstellungsgesetz für Frau und Mann, das Diskriminierung wegen des männlichen oder weiblichen Geschlechts im Rahmen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Arbeitsverhältnisse untersagt⁴¹⁶. Zentral sind weiter die rechtlichen Vorkehrungen im Behindertengleichstellungsrecht, so insbesondere das behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit Dienstleistungen Privater sowie das behindertengleichstellungsrechtliche Benachteiligungsverbot bei staatlichen Dienstleistungen und im Rahmen von Aus- und Weiterbildungsangeboten. Schliesslich gehört das Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare dazu, das jedoch im Bereich Adoption und Fortpflanzungsmedizin noch über diskriminierende Teile verfügt.

b. Fördermassnahmen

Für die Beseitigung struktureller Benachteiligungen und Diskriminierungen bzw. für die Herstellung von Chancengleichheit bedeutend sind die gesetzgeberischen Vorkehrungen zur Förderung der Gleichstellungs-, Antidiskriminierungs- und Menschenrechtsarbeit⁴¹⁷. Die wichtigsten Beispiele dafür sind die Verordnung über Menschenrechts- und Rassismusprojekte, das Bundesgesetz über die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung und das Gesetz über und das Gleichstellungsgesetz für Frau und Mann erlauben dem Bund, konkrete Gleichstellungs-, Antidiskriminierungs- und Integrationsprojekte zu unterstützen. Darüber hinaus grundsätzlich denkbar sind auch Privilegierungsmassnahmen, die jedoch einer expliziten Verankerung in einem Gesetz im formellen Sinne bedürfen und zudem die Grundrechte (inklusive des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit) zu berücksichtigen haben⁴¹⁸.

Jüngst wird in Anlehnung an das AuG die Bekämpfung von Diskriminierung auch als Teil der Integrationsarbeit betrachtet, für die vom Bundesamt für Migration auch Unterstützungsgelder und fachliche Unterstützung für kantonale Projekte zur Verfügung stellt⁴¹⁹. Bisher ist jedoch keine ausdrückliche Veranke-

⁴¹⁵ Siehe hierzu weiter hinten, a.a.O.

⁴¹⁶ Zu dessen Bedeutung siehe weiter hinten, a.a.O.

⁴¹⁷ Im Detail siehe hinten, a.a.O.

⁴¹⁸ Vgl. hierzu hinten, a.a.O.

⁴¹⁹ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

zung des Schutzes vor Diskriminierungen vorgesehen, dies gilt für das AuG und die VintA. Diskutiert wird hingegen, inwiefern im Rahmen eines zu schaffenden Ausländer und Integrationsgesetzes der explizite Auftrag verankert werden soll, auch eine aktive Politik gegen Diskriminierungen zu betreiben. Schliesslich ist der Bundesrat zurzeit daran zu prüfen, ob im geltenden Bundesrecht entsprechende Anpassungen vorzunehmen sind, wobei er in seinem Integrationsbericht festhält, dass er zurzeit keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf sieht. Es bleibt abzuwarten, ob sich die grundsätzlichen Widerstände gegen den Ausbau des Diskriminierungsschutzes im Bundesrecht in nächster Zeit abschwächen werden.

c. Institutionelle Absicherung

Relativ solide aufgestellt ist die Rechtslage auf Bundesebene betreffend die institutionelle Absicherung von Massnahmen gegen die ethnisch-kulturelle Diskriminierung. Auf Bundesebene bestehen drei Institutionen, die den Auftrag haben, sich mit der Bekämpfung von Rassendiskriminierung befassen. Diese sind:

- Die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR als teilweise unabhängige ausserparlamentarische Kommission des Bundes: Gemäss Mandat vom 23. August 1995 befasst sich die EKR aus einer unabhängigen Perspektive « mit Rassendiskriminierung, fördert eine bessere Verständigung zwischen Personen unterschiedlicher Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationaler oder ethnischer Herkunft, Religion, bekämpft jegliche Form von direkter oder indirekter Rassendiskriminierung und schenkt einer wirksamen Prävention besondere Beachtung »⁴²⁰.
- die Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB als spezialisierte Verwaltungsstelle des Bundes: Sie koordiniert die seit 2001 im Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern EDI angesiedelte Fachstelle für Rassismusbekämpfung « Aktivitäten zur Prävention von Rassismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene » und bietet fachliche und finanzielle Unterstützung für staatliche und private Akteure⁴²¹.
- Die Fachstelle Extremismus in der Armee als spezialisierte Verwaltungsstelle des Bundes im spezifischen Bereich der Armee: Die Fachstelle Extremismus in der Armee ist organisatorisch der FRB angegliedert und « koordiniert die Bemühungen (des Bundes) zur Verminderung von

⁴²⁰ Siehe Auszug aus dem Mandat der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus. Bundesratsbeschluss vom 23. August 1995, abrufbar auf: <http://www.ekr.admin.ch/org/00059/index.html?lang=de> (Zugriff: 26.11.2010). Zum rechtlichen Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR siehe weiter hinten, S.

⁴²¹ Siehe hierzu <http://www.edi.admin.ch/frb/00479/00480/index.html?lang=de> (Zugriff: 26.11.2010). Zum rechtlichen Auftrag der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB siehe weiter hinten, S.

Extremismus in der Armee », ist Meldestelle und « bietet Beratung, Schulung und Sensibilisierung sowie Information »⁴²².

Die drei Institutionen stützen sich weder auf einen Verfassungsauftrag noch ein Gesetz, sondern auf einen Regierungsbeschluss bzw. eine Regierungsverordnung und verfügen insofern über eine vergleichsweise schwache demokratische Legitimation.

Im Bereich der Bekämpfung von mehrdimensionaler Diskriminierung zentral sind weiter die institutionellen Vorkehrungen in den Bereichen der Gleichstellung von Frau und Mann, der Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen sowie im Zusammenhang mit der Jugend- und Kinderpolitik des Bundes. Das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann EBG und das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB sind analog zur Fachstelle für Rassismusbekämpfung spezialisierte Verwaltungsstellen des Bundes. Darüber hinaus gibt es eine Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF und eine Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen EKKJ, die sich ähnlich wie die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR aus einer teilweise unabhängigen und auch grund- und menschenrechtspolitischen Warte um die Diskriminierungsbekämpfung und um Gleichstellungsfragen kümmern⁴²³.

Zu erwähnen bleiben schliesslich weitere institutionelle Vorkehrungen, die dem Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung innerhalb der Regelstrukturen themen- und problemspezifisch bis zu einem gewissen Grade Rechnung tragen, so z.B. das Bundesamt für Gesundheit, das Bundesamt für Sport, das Staatssekretariat für Wirtschaft SECO, das Bundesamt für Migration BFM und die Eidgenössische Kommission für Migrationsfragen EKM. Für eine umfassende Darstellung der rechtlich-institutionellen Vorkehrungen müssten auch weitere Behörden genannt werden, dies würde jedoch eine differenzierte Analyse der spezifisch diskriminierungsschutzbezogenen Projekte innerhalb der gesamten Bundesverwaltung nach sich ziehen; eine solche würde den Rahmen des vorliegenden Gutachtens sprengen.

3. Kantonales Recht

Die Rechtsordnung des Kantons Bern umfasst insgesamt neun Rechtserlasse mit ausdrücklichen Diskriminierungsverboten⁴²⁴. Lediglich zwei davon betreffen explizit auch die Thematik der ethnisch-kulturellen Diskriminierung. So gewährleistet die Verfassung des Kantons Bern in Art. 10 Abs. 1 den Nichtdiskriminierungsgrundsatz, « insbesondere aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache,

⁴²² Siehe hierzu http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/militaerdienst/allgemeines/fachstelle_extremismus.html (Zugriff: 26.11.2010). Mehr zum rechtlichen Auftrag der Fachstelle Extremismus in der Armee siehe hinten, a.a.O.

⁴²³ Zu den rechtlichen Aufträgen siehe weiter hinten, a.a.O.

⁴²⁴ Suche in www.lexfind.ch unter dem Stichwort *Diskriminierung* (Zugriff: 4. Oktober 2010).

Herkunft, Lebensform sowie politischer oder religiöser Überzeugung ». Die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote sind justiziabel und untersagen auch die mehrdimensionale ethnisch-kulturelle Diskriminierung⁴²⁵. Als zweiter Erlass untersagt auch das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) Diskriminierung bei der Vergabe von Aufträgen⁴²⁶. Das Diskriminierungsverbot umfasst auch Verbote ein- oder mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung.

Sechs der insgesamt 9 Erlasse betreffen ausschliesslich den Schutz vor Geschlechterdiskriminierung⁴²⁷, wobei sich 2 davon explizit und einer implizit auf die Geschlechter Frau und Mann beschränken⁴²⁸. In zwei Erlassen sind ausdrückliche Diskriminierungsverbote verankert⁴²⁹, zwei Erlasse sehen Fördermaßnahmen vor⁴³⁰, zwei weitere schaffen flankierend institutionelle Rahmenbedingungen wie z.B. die Einführung spezialisierter Gremien⁴³¹ oder nehmen Bezug auf solche⁴³². Darüber hinaus sind die Diskriminierungsbetroffenen darauf angewiesen, im Rahmen von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln oder anderweitigen Regelungen, die nicht explizit für den Schutz vor ein- oder mehrdimensionaler Diskriminierung geschaffen wurden, zuzugreifen. Dazu gehören neben dem verfassungsrechtlichen Grundsrechtskatalog auch Bestimmungen wie z.B. der Grundsatz von Treu und Glauben und die polizeiliche Generalklausel⁴³³.

Auf institutioneller Ebene gibt es keine, mit der Bundesebene vergleichbare institutionelle Vorkehrungen zur Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierungen. Hingegen sind im Bereich der Gleichstellung von Frau und Mann sowie in der Migrationsarbeit spezifische Verwaltungsstellen konzipiert worden

⁴²⁵ Mehr dazu siehe hinten, a.a.O.

⁴²⁶ Art. 11 lit. a ÖBG (SR 731.2).

⁴²⁷ Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (EG GIG) vom 16. November 1998 (IR 152.072), Statut der Universität Bern (Universitätsstatut; UniSt) vom 17. Dezember 1997 (SR 436.111.2), Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Staatskanzlei (Organisationsverordnung STA, OrV STA) vom 18. Oktober 1995 (SR 152.211), Personalverordnung (PV) vom 18. Mai 2005 (SR 153.011.1), Dekret betreffend die Taggelder und Reiseentschädigung in der Gerichts- und Justizverwaltung vom 11. Dezember 1985 (SR 166.1).

⁴²⁸ EG GIG, Universitätsstatut (siehe Marginalie zu Art. 35).

⁴²⁹ Art. 35 Abs. 2 Universitätsstatut, Das Personalgesetz (PG) vom 16. September 2004 (SR 153.01) untersagt in Abs. 1 lit. e von Art. 28 (Kündigung zur Unzeit) die Kündigung während Dauer eines Schlichtungs- oder Beschwerdeverfahrens wegen Verletzung des Diskriminierungsverbotes gemäß GIG.

⁴³⁰ Art. 28 Abs. 2 EG GIG, Art. 35 Abs. 3, 4 Universitätsstatut.

⁴³¹ So EG GIG in Abschnitt 2 (Kantonale Schlichtungsstelle), Art. 36 Universitätsstatut, Art. 5 Abs. 1 lit. c (Schlichtungskommission gegen Diskriminierungen im Erwerbsleben (SKDE), 6 (Fachkommission für Gleichstellungsfragen) und 15 (Fachstelle für Frauen und Männer) Organisationsverordnung.

⁴³² Art. 211 Personalverordnung (Schlichtungsverfahren nach Gleichstellungsgesetz),

⁴³³ Siehe hierzu hinten, a.a.O.

bzw. werden gemäss VE-IntG geschaffen, die Fachstelle für die Gleichstellung von Frau und Mann bzw. die Fachstelle für die Integration.

Erhebliche rechtliche Veränderungen im Bereich der Fördermassnahmen und der rechtlich-institutionellen Vorkehrungen bringen die im VE-IntG vorgesehenen Regelungen. So werden Kanton und Gemeinden verpflichtet, « Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft einer Person » zu ergreifen (Art. 15 Abs. 1), z.B. « namentlich eine gezielte Öffentlichkeits- und Sensibilisierungsarbeit, ein Beratungsangebot für Betroffene » (Art. 15 Abs. 2), dies etwa durch die Finanzierung von Massnahmen, die der « Prävention gegen ethnisch-kulturelle Diskriminierung dienen » (Art. 21 lit. 1). Auf institutioneller Ebene soll im Kanton die Fachstelle für die Integration als koordinierende Ansprechstelle geschaffen werden (Art. 17 Abs. 5) und auf kommunaler Ebene der Gemeinderat als « Ansprechstelle für die Verhinderung und Beseitigung von ethnisch-kultureller Diskriminierung » (Art. 20 Abs. 1) operieren. Auf kantonaler Ebene werden die einzelnen Direktionen in die Verantwortung genommen (Art. 18). Zudem ist die Integrationskommission künftig auch verpflichtet, sich mit der Verhinderung und Beseitigung ethnisch-kultureller Diskriminierung zu befassen (Art. 19).

Insgesamt bezweckt der Kanton Bern, mit dem VE-IntG ein – beschränkt auf die integrationspolitischen Institutionen – breites Dispositiv an institutionellen Initiantinnen, Wächter und Hüterin von Antidiskriminierungsmassnahmen aufzustellen.

4. Kommunales Recht

Einen angemessenen Einblick in das kommunale Diskriminierungsschutzrecht lässt sich an dieser Stelle nicht gewähren. Nicht berücksichtigt werden können etwa die zahlreichen kommunalen Sensibilisierungs-, Präventions- und Interventionsmassnahmen, die auch einen Beitrag zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung leisten, so z.B. Massnahmen im Bereich der obligatorischen Schulbildung, Gewaltprävention, Sicherheit und Projekte, die den Kontakt der Bevölkerung in der Gemeinde unterstützen. Gesetzliche Verbote der ethnisch-kulturellen Diskriminierung sind auf kommunaler Ebene mit einer Suche auf www.lexfind.ch denn auch keine auffindbar⁴³⁴.

Dennoch soll an dieser Stelle beispielhaft und cursorisch auf die Rechtslage in der Stadt Bern eingegangen werden, die über das am weitesten fortgeschrittene Diskriminierungsschutzrecht verfügt. Strategischer Ausgangspunkt ist der 10-Punkte-Aktionsplan gegen Rassismus der Stadt Bern, der in der Schweiz gemeinsam mit anderen schweizerischen und ausländischen Städten Vorbildcharakter hat. Auf institutioneller Ebene von Bedeutung sind zudem die kommunalen Integrationsfachstellen. Konkret mit dem The-

⁴³⁴ Letzter Zugriff auf www.lexfind.ch am 21. Dezember 2010.

ma der Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung befassten sich bis anhin das Kompetenzzentrum Integration der Stadt Bern und die Fachstelle Integration der Stadt Biel/Bienne. Zieht man das mögliche künftige Integrationsgesetz in Betracht, werden die Gemeinden künftig eine zentrale Rolle im Schutz vor ein- und mehrdimensionaler Diskriminierung ausüben (müssen); dies jedoch rechtlich verbindlich beschränkt auf den Bereich der Integration von Ausländer_innen.

Weiter erwähnenswert sind die zahlreichen kommunalen Fachstellen für Gleichstellung von Frau und Mann sowie die Fachstelle für Menschen mit einer Behinderung der Stadt Bern (Pilotphase). Letztere verfügen zwar gemäss eigener Auskunft kaum über Erfahrungen im Bereich des Schutzes vor mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung; doch bei gezielten Nachfragen stellte sich heraus, dass auch im Rahmen ihrer Tätigkeiten spezifischen Themenfelder im Bereich der mehrdimensionalen Diskriminierung wie etwa Alter/Geschlecht, Geschlecht/ausländische Herkunft und Behinderung/Geschlecht bearbeitet wurden. Auch bestätigten die Befunde, dass weitere Kombinationen etwa Behinderung/ausländische Herkunft oder sexuelle Orientierung/Behinderung relevante Politikbereiche sein könnten.

B. Diskriminierungsverbote

Eine umfassende Darstellung des für die Bekämpfung staatlicher, ein- und mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung relevanten objektiven Rechts ist im Rahmen des vorliegenden Auftrages nicht möglich. Daher konzentriert sich das Gutachten konzentriert auf die zentralen Bestimmungen des Völkerrechts, des Bundesrechts und des Rechts des Kantons Berns. Skizziert wird dessen Geltung auf dogmatischer Ebene (Sollensgeltung) als auch auf der Ebene der Rechtswirklichkeit (Seinsgeltung). Umrissen wird nicht nur das Recht zur Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung i.e.S. sondern auch Normen der Diskriminierungsbekämpfung mehrdimensionaler Natur.

Im ersten Teil werden der sachliche Geltungsbereich, die Adressaten, die Durchsetzung und die Wirkung und Wirksamkeit der expliziten Verbote ethnisch-kultureller Diskriminierung thematisiert. Dazu gehören neben den völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten auch das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung und im Zusammenhang mit der Problematik der mehrdimensionalen Diskriminierung das Gleichstellungsgesetz für Frau und Mann, das Partnerschaftsgesetz sowie das Behindertengleichstellungsgesetz.

Im zweiten Teil werden diejenigen Normen beleuchtet, die implizit für die Diskriminierungsbekämpfung von Bedeutung sind (bzw. sein können), so insbesondere der Grundsatz von Treu und Glauben und die polizeiliche Generalklausel.

1. Verbote staatlicher Diskriminierung

1.1 Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote

a. Verbote, sachlicher Geltungsbereich⁴³⁵

« Die für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote sind in verschiedenen universalen und europäisch-regionalen Menschenrechtsverträgen (des Soft Law und des Hard Law) verankert. Die eigentliche ‚Initialnorm‘ des modernen menschenrechtlichen Diskriminierungsschutzes lässt sich in der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945⁴³⁶ verorten. Ausgehend von dem in der Präambel verankerten ‚Glauben an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit, an die Gleichberechtigung von Mann und Frau sowie von allen Nationen‘ geben sich die Vereinten Nationen das Ziel, ‚eine internationale Zusammenarbeit herbeizuführen, um (...) die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion zu fördern und zu beseitigen‘ (Art. 1 Abs. 3). Konkret mündet dies in die Aufgabe, ‚die allgemeine Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion‘ zu fördern (Art. 55 lit. c). Diese Aufgabe realisiert die UNO etwa durch die Fortentwicklung des Völkerrechts, ausgehend von in der rechtlich nicht verbindlichen Allgemeinen Menschenrechtserklärung vom 10. Dezember 1948⁴³⁷ verankerten Diskriminierungsverboten (Art. 2). Folgende Menschenrechtsverträge beinhalten Diskriminierungsverbote:

Auf universaler Ebene:

- Vereinte Nationen: Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 16. Dezember 1966⁴³⁸ (Art. 2 Abs. 2), Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966⁴³⁹ (Art. 2 Abs. 1, Art. 26), Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989⁴⁴⁰ (Art. 2), Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von

⁴³⁵ Der folgende Text wurde übernommen von EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung.

⁴³⁶ SR 0.120.

⁴³⁷ Die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte ist rechtlich nicht bindend. Als politisches Grundlagendokument des modernen Menschenrechtsschutzes ist sie dennoch von grosser Wichtigkeit. Die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte verankerten Diskriminierungsverbote sind mittlerweile umfassend in die rechtlich verbindlichen acht universal gültigen Kernübereinkommen der Vereinten Nationen UNO zum Menschenrechtsschutz eingeflossen

⁴³⁸ SR 0.103.1.

⁴³⁹ SR 0.103.2.

⁴⁴⁰ SR 0.107.

Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965⁴⁴¹ (insbesondere Art. 2-7). Für den Bereich der mehrdimensionalen ethnisch-kulturellen Diskriminierung von Bedeutung sind weiter das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979⁴⁴² (insbesondere Art. 1-4) und das Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 6. Dezember 2006⁴⁴³ (insbesondere Art. 1, Art. 2 lit. b, lit. b, lit. f und lit. g, Art. 4, Art. 5).

- Internationale Arbeitsorganisation IAO: Übereinkommen Nr. 111 zu Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf von 1958⁴⁴⁴, sowie im Bereich der mehrdimensionalen Geschlechter- / ethnisch-kulturellen Diskriminierung das Übereinkommen Nr. 100 zur Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit von 1951⁴⁴⁵.

Auf europäisch-regionaler Ebene gelten die folgenden Menschenrechtsübereinkommen:

- Europarat: Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950⁴⁴⁶ (Art. 14). »

Zwar sind die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote jeweils vertragsautonom auszulegen, d.h. sie haben ihre spezifischen Bedeutungen, die sich in einzelnen Fragen durchaus unterscheiden. Ein zentraler Unterschied liegt etwa in den geschützten Diskriminierungsdimensionen. Darüber hinaus untersagen jedoch alle Menschenrechtsübereinkommen gleich wie die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote die direkte (unmittelbare) und indirekte (mittelbare) Diskriminierung. Eine vertiefte Darstellung der jeweiligen Gehalte findet sich weiter hinten⁴⁴⁷, an dieser Stelle sollen der Vollständigkeit halber einzig die jeweiligen Definitionen abgedruckt werden:

- UNO-Pakt I (Art. 2 Abs. 2): « Les Etats parties au pr(e)sent) Pacte s'engagent (a) garantir que les droits qui y sont (e)nonc(e)s seront exerc(e)s sans discrimination aucune fond(e)e sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou tout autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou tout autre situation ».

⁴⁴¹ SR 0.104.

⁴⁴² SR 0.108.

⁴⁴³ Das UNO-Behindertenrechtsübereinkommen wurde von der Schweiz noch nicht ratifiziert und unterzeichnet. Kürzlich ist die Frist für das Vernehmlassungsverfahren abgelaufen.

⁴⁴⁴ SR 0.822.721.1.

⁴⁴⁵ SR 0.822.720.0.

⁴⁴⁶ SR 0.101.

⁴⁴⁷ Siehe hierzu hinten, a.a.O.

- IAO-Übereinkommen (Art. 1 Abs. 1 lit. A): « (...) jede Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung, die auf Grund der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft vorgenommen wird und die dazu führt, die Gleichheit der Gegebenheiten oder der Behandlung in Beschäftigung oder Beruf aufzugeben oder zu beeinträchtigen ».
- UNO-Rassendiskriminierungskonvention (Art. 1 Abs. 2): « tout distinction, exclusion, restriction ou préférence fondée sur la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine ou ethnique, qui a pour but ou pour effet de détruire ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou dans tout autre domaine de la vie publique ».

Elementar ist weiter, dass die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote über ein formelles Gleichheitsverständnis hinausgehen, indem sie auf programmatischer Ebene spezifische Massnahmen zur Herstellung tatsächlicher Chancengleichheit verlangen⁴⁴⁸.

b. Durchsetzung

« Die innerstaatliche Durch- und Umsetzung der Menschenrechte wird von einer internationalen Überwachung begleitet. Die menschenrechtlichen Durchsetzungsmechanismen erfüllen vier Funktionen⁴⁴⁹: Beseitigung von staatlichen Diskriminierungshandlungen (verletzungsbehebende Funktion), nachträgliche Wiedergutmachung von Diskriminierungshandlungen (kurative Funktion), strafrechtliche Sanktionierung bei schwerwiegenden Diskriminierungshandlungen etwa bei der Hassrede sowie rechtsextremer Gewalttaten (sanktionierende Funktion) und Massnahmen zur Garantie der präventiven Umsetzung des Diskriminierungsverbotes (präventive Funktion).

Für die Durchsetzung der Menschenrechte sind in erster Linie die Staaten zuständig. Die konkrete Durchsetzung obliegt weitgehend im Ermessensspielraum der Staaten. Das Völkerrecht stellt aber gewisse Minimalanforderungen. Die Inkorporationspflicht verpflichtet die Schweiz, den Menschen zu ermöglichen, dass sie sich auf die Menschenrechte berufen können und deren Verletzung innerstaatlich mit einem wirksamen Rechtsmittel zu bekämpfen (Rechtsmittelpflicht⁴⁵⁰). Behauptete Verletzungen sind zu untersuchen (Untersuchungspflicht⁴⁵¹), schwerwiegende Verstösse strafrechtlich zu sanktionieren (Sanktionie-

⁴⁴⁸ Siehe dazu weiter hinten, S. a.a.O.

⁴⁴⁹ Vgl. dazu KÄLIN/KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, 1. Auflage, S. 175f.

⁴⁵⁰ Siehe dazu etwa Art. 13 EMRK, Art. 22 Abs. 5 lit. b FoK, Art. 14 Abs. 7 lit. a RDK.

⁴⁵¹ Siehe dazu etwa Art. 12 FoK, Art. 4 FoK und Art. 2 i.V.m. Art. 5 RDK.

rungspflicht), die von Betroffenen zu entschädigen oder zu rehabilitieren (Wiedergutmachungspflicht⁴⁵²) und künftige Verletzungen zu verhindern (Präventionspflicht^{453,454}).

Für die innerstaatliche Umsetzung und Durchsetzung der Menschenrechte sind die Bundesbehörden zuständig. Dazu gehören etwa die Gerichte, die über eingeklagte mutmassliche staatliche Diskriminierungen entscheiden müssen; dies wurde etwa durch die in Art. 29a BV verankerte Rechtsweggarantie gewährleistet⁴⁵⁵. Weiter ist der Gesetzgeber zuständig für die Schaffung eines materiellrechtlichen Schutzes vor Diskriminierung; dies ist mit den geltenden verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten gewährleistet. Schliesslich sind die Exekutivbehörden verpflichtet, im Rahmen der Rechtsanwendung die Diskriminierungsverbote zu beachten. Zudem gibt es zahlreiche institutionelle Vorkehrungen und positive Massnahmen zur Gewährleistungen der Einhaltung der staatlichen Pflicht, Diskriminierung zu unterlassen⁴⁵⁶. »

Für die innerstaatliche Durchsetzung der Menschenrechte sind weiter die Verfahren vor Ombudspersonen sowie die Möglichkeit, bei einer unabhängigen Menschenrechtsinstitution gemäss der Pariser Prinzipien eine Beschwerde zu deponieren, von Relevanz⁴⁵⁷.

Für die internationale Überwachung der Einhaltung der aus den Diskriminierungsverboten fliessenden Unterlassungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten ist vorwiegend die zentrale Überwachung von Bedeutung. Hierzu gehören die nichtstreitigen Durchsetzungsverfahren (wie z.B. die Berichtsverfahren oder Untersuchungen und Inspektionen durch ein vertraglich damit beauftragtes Organ.

So legte beispielsweise der damalige UNO-Sonderberichterstatter über Rassismus, Doudou Diène, nach seinem Besuch im Januar 2006 einen kritischen Bericht zur Schweiz vor⁴⁵⁸. Darin forderte er neben einer Stärkung der Gesetzgebung gegen Diskriminierung auch unter Privaten (z.B. in den Bereichen Arbeitswelt und Wohnungsmarkt) auch gegenüber den neuen, durch Migration entstandenen Minderheiten eine neu zu konzipierende Politik des integrativen Multikulturalismus.

⁴⁵² Siehe dazu etwa Art. 14 FoK, Art 39 KRK, Art. 6 RDK.

⁴⁵³ Siehe dazu etwa Art. 2 FoK, Art. 7 RDK.

⁴⁵⁴ Siehe dazu weiter hinten, a.a.O.

⁴⁵⁵ Gemäss Art. 29a BV hat jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen. Gewährleistet ist in jedem Fall die richterliche Beurteilung bei einem mutmasslichen Verstoss gegen Grund- und Menschenrechte.

⁴⁵⁶ Siehe hierzu weiter hinten, a.a.O.

⁴⁵⁷ Siehe hierzu weiter hinten, a.a.O.

⁴⁵⁸ Siehe A/HRC/4/19/Add.2 vom 30. Januar 2007, abrufbar unter www.humanrights.ch/home/de/Schweiz/Inneres/Rassismus/Studien/idcatart_6544-content.html (Letzter Zugriff: 21. Dezember 2010).

Als weiteres Beispiel legte der Überwachungsausschuss zur UNO-Rassismuskonvention im 2008 seine Schlussbeobachtungen zum 4. und 5. und 6. Staatenbericht der Schweiz vor⁴⁵⁹. Der Ausschuss weist auf unterschiedliche wunde Punkte hin, so nimmt er etwa die Bundesbehörden in die Pflicht, auch die kantonalen und kommunalen Behörden im Bereich der Bekämpfung rassistischer Diskriminierung in die Verantwortung zu nehmen und zu koordinieren.

Interessant sind schliesslich die Schlussbeobachtungen des UNO-Sozialausschusses vom 19. November 2010 zum 2. und 3. periodischen Staatenbericht der Schweiz⁴⁶⁰. Darin zeigt sich der Ausschuss lückenhafte bzw. fehlende Antidiskriminierungsgesetzgebung. Auch der Ausschuss kritisiert die mangelhafte Koordination der Umsetzung der menschenrechtlichen Verpflichtungen in den Kantonen und Gemeinden.

Zu den zentralen Durchsetzungsmechanismen gehören aber ebenso Streitige Verfahren, wie etwa die Individualbeschwerde oder – weit seltener – die Staatenbeschwerde. Wird die Schweiz von einem internationalen Gerichtshof oder UNO-Ausschuss im Rahmen einer Beschwerde verurteilt, gibt sie sich Mühe, die entsprechenden Vorgaben auch rechtlich umzusetzen.

Hängig ist zurzeit etwa die Beschwerde gegen die Schweiz, die vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte eine Verletzung der Religionsfreiheit (Art. 9 EMRK) im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot (Art. 14 EMRK) durch das verfassungsrechtliche Verbot des Baues von Minaretten rügt. Der Gerichtshof hat die Beschwerde entgegengenommen und an die Grosse Kammer verweisen.

Schliesslich gehören auch die Mechanismen der Menschenrechtsdialoge, Proteste und Embargos zur dezentralen Überwachung der Menschenrechte⁴⁶¹.

1.2 Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Bundesverfassung

Die zentrale Bestimmung zum Schutz vor Diskriminierung im schweizerischen Recht ist Art. 8 Bundesverfassung. Unter dem Titel « Rechtsgleichheit » finden sich hier vier verschiedene Gleichheitssätze: Absatz 1 enthält das allgemeine Gleichheitsgebot, das die Behörden verpflichtet, alle Menschen gleich zu behandeln. Absatz 2 beinhaltet die Diskriminierungsverbote, die in dieser Form 1999 in die neue Bundesverfassung eingeflossen sind und die Formulierung übernehmen, wie sie sich im Kern in allen universel-

⁴⁵⁹ Siehe CERD/C/CHE/CO/6 vom 21. August 2008, abrufbar unter www.humanrights.ch/home/de/Schweiz/Inneres/Rassismus/Studien/idcatart_6544-content.html (Letzter Zugriff: 21. Dezember 2010).

⁴⁶⁰ Siehe E/C.12/CHE/CO/2-3 vom 19. November 2010, abrufbar unter www.humanrights.ch/home/de/Schweiz/UNO/Pakt-I/Bericht-2008/idcatart_7469-content.html (Letzter Zugriff: 21. Dezember 2010).

⁴⁶¹ KÄLIN/KÜNZLI, *Universeller Menschenrechtsschutz*, S. 201.

len und regionalen Menschenrechtsverträgen findet⁴⁶². Beispielhaft werden an dieser Stelle die wichtigsten Diskriminierungsdimensionen aufgeführt, die erfahrungsgemäss in Verknüpfung mit einer Ungleichbehandlung als äusserst problematisch zu werten sind: Herkunft, « Rasse », Geschlecht, Alter, Sprache, soziale Stellung, Lebensform, religiöse, weltanschauliche oder politische Überzeugung, körperliche, geistige oder psychische Behinderung.

Absatz 3, welcher 1981 in die Verfassung aufgenommen und 1999 unverändert in die neue Bundesverfassung übernommen wurde, nimmt das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts präzisierend auf und verpflichtet die Gesetzgeberin ausdrücklich, Massnahmen zur Herstellung der rechtlichen und tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann zu ergreifen⁴⁶³. Darüber hinaus ist hier der Anspruch auf Lohngleichheit verankert. Absatz 4 verlangt vom Gesetzgeber, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderung vorzusehen⁴⁶⁴.

a. Inhalt des Verbotes, sachlicher Geltungsbereich

Diskriminierungsverbote verbieten die Ungleichbehandlung aufgrund sensibler Diskriminierungsdimensionen, unter anderem aufgrund der Herkunft, der « Rasse », der Sprache, der fahrenden Lebensform und der religiösen Weltanschauung. Eine Ungleichbehandlung dergestalt ist einzig dann zulässig, wenn sie durch qualifizierte Gründe gerechtfertigt werden kann, d.h. wenn sie einen legitimen Zweck verfolgt, sodann in Bezug auf das angestrebte Ziel geeignet, erforderlich und für die ungleich behandelten Personen zumutbar ist⁴⁶⁵. Erlaubt sind etwa Sonderbehandlungen benachteiligter Gruppen, sofern dies jeweiligen Sonderbehandlung gesetzlich mit der nötigen Klarheit auf genügender Normstufe verankert ist, ein überwiegendes Interesse des Gemeinwohls verfolgt und dafür geeignet und erforderlich ist. Vorausgesetzt ist weiter, dass die im konkreten Fall durch die Sonderbehandlung verfolgten Interessen die entgegenstehenden Interessen des Betroffenen an gleicher Behandlung überwiegen⁴⁶⁶.

⁴⁶² Siehe dazu vorne, a.a.O.

⁴⁶³ Zu den Schutz- und Gewährleistungspflichten im Rahmen der Frauengleichstellung siehe auch weiter hinten, a.a.O.

⁴⁶⁴ Zu den Schutz- und Gewährleistungspflichten im Rahmen der Behindertengleichstellung siehe auch weiter hinten, a.a.O.

⁴⁶⁵ Vgl. dazu BGE 129 I 392 ff., E. 3.3; und unter vielen WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 325f.; und MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 693f.

⁴⁶⁶ Vgl. dazu SCHEFER/MÜLLER, Grundrechte, S. 693f. Aus der Praxis siehe BGE 125 I 21, E. 5b/bb, 131 II 361, E. 5.2. Generell unzulässig ist jedoch eine Sonderbehandlung mit Interessen zu rechtfertigen, die stereotype Vorstellungen den Betroffenen gegenüber zum Ausdruck bringen: siehe hierzu etwa EGMR Schuler-Zraggen v. Switzerland, 14518/89 (1993) Ziff. 67.

Eine klassische Privilegierung von Menschen, die historisch und in der gegenwärtigen Realität Benachteiligungen ausgesetzt sind, wären etwa Quoten für Menschen mit Behinderung, für Frauen oder für Ausländer_innen im Erwerbsleben.

Verboten sind sowohl direkte (unmittelbare) als auch indirekte (mittelbare) Diskriminierungen. Eine direkte Diskriminierung liegt vor, wenn eine benachteiligende Ungleichbehandlung ausdrücklich an eine Diskriminierungsdimension anknüpft⁴⁶⁷. Eine indirekte Diskriminierung liegt vor, wenn eine an sich neutrale Regelung sich auf Menschen mit bestimmten Diskriminierungsdimensionen stark benachteiligend auswirkt⁴⁶⁸. Eine mittelbare Benachteiligung ist leichter zu rechtfertigen als eine mittelbare⁴⁶⁹, wobei der Einzelfall differenziert beurteilt werden muss.

Eine direkte ethnisch-kulturelle Diskriminierung stellt etwa das verfassungsrechtliche Verbot des Baues von Minaretten dar. Dieses benachteiligt ohne überwiegende Rechtfertigung Menschen, die aufgrund ihres islamischen Glaubens den Bau von Minaretten wünschen bzw. befürworten, um ihren Glauben auch entsprechend auszuüben.

Eine indirekte ethnisch-kulturelle Diskriminierung wäre etwa da zu prüfen, wo pauschal sprachliche Standards auf starre Weise angewendet und daran Rechte geknüpft werden.

In der höchstrichterlichen Praxis bis anhin ungeklärt ist, ob sich das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot ausschliesslich nicht privilegierte Gruppen oder auch privilegierte Gruppen vor Benachteiligung schützt und falls auch privilegierte Gruppen geschützt sind, inwiefern hier unterschiedliche Schutzdichten bestehen⁴⁷⁰. Das Bundesgericht hat sich bisher noch nicht einer der in der Lehre vertretenen Positionen zum « symmetrischen » oder « asymmetrischen » Diskriminierungsverbot angeschlossen⁴⁷¹. Es definiert Diskriminierung im Sinne des Art. 8 Abs. 2 BV zunächst als Ungleichbehandlung einer Person « allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig behandelt wird »⁴⁷² und orientiert sich damit am asymmetrischen Diskriminierungsverständnis. Dieses Verständnis wird jedoch im

⁴⁶⁷ Vgl. dazu HAUSAMMANN, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick. Im Auftrage des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB, S. 5.

⁴⁶⁸ Vgl. dazu BGE 132 I 49, E. 8.

⁴⁶⁹ Zur Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligung siehe etwa WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 361ff.; RIEDER, Form, S. 221ff.; PULVER, Rz. 217; KÄLIN, Kulturkonflikt, S. 114ff.

⁴⁷⁰ Siehe hierzu etwa das Gutachten RHINOW/SHEFER.

⁴⁷¹ Zum Ganzen vgl. DENG, Symmetrisches oder asymmetrisches Diskriminierungsverständnis: Gefahr der Stereotypisierung benachteiligter Gruppen, in: Jusletter 17. Mai 2010, insb. S. 2-4.

⁴⁷² In jüngerer Vergangenheit etwa in BGE 135 I 49, E. 4.1

zweiten Teil relativiert, so sieht das Bundesgericht im zweiten Teil seiner Definition Diskriminierung als « qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen (...), indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmacht (...) »⁴⁷³.

Es bleibt abzuwarten, wie das Bundesgericht seine Rechtsprechung weiterentwickelt, wenn es mit Sachverhalten konfrontiert wird, in denen sich eine Person, die einer privilegierten Gruppe angehört, auf Art. 8 Abs. 2 BV beruft. Dann wäre das Bundesgericht gezwungen, seine Position zum asymmetrischen bzw. symmetrischen Diskriminierungsverständnis zu klären⁴⁷⁴.

b. Adressaten

« Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist Art. 35 Abs. 2 BV zu Folge an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. An die Diskriminierungsverbote gebunden sind neben den Bundesbehörden kantonale und kommunale Behörden, Staatsbetriebe oder Unternehmen, die mehrheitlich in staatlichem Eigentum sind, sowie private Unternehmen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen⁴⁷⁵. Diese haben bei sämtlichen Handlungen/Unterlassungen die Diskriminierungsverbote zu beachten (Art. 35 Abs. 2 BV)⁴⁷⁶.

Das Verbot rechtlicher Diskriminierung gilt zunächst für alle Staatsorgane des Bundes, der Kantone und Gemeinden, und zwar für Legislative, Exekutive und Judikative gleichermassen. Es betrifft sowohl die klassischen Formen des Rechtshandelns – Erlass, Verfügung oder Allgemeinverfügung – als auch informelle Handlungsweisen (wie z.B. Realakte)⁴⁷⁷. Wobei die Frage der Grundrechtsbindung primär auf den Inhalt und die Funktion des Handelns („staatliche Aufgabe“) und nicht auf die Handlungsform als solche abstellt. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, (1) den Erlass diskriminierender Rechtsakte zu unterlassen, (2) bisherige diskriminierende Regelungen aufzuheben und (3) bis zu einem gewissen Grade gesetzgeberische Schritte zum Schutz vor Diskriminierung durch Dritte zu erlassen⁴⁷⁸. Die Exekutive und die Judikative sind verpflichtet, im Rahmen ihrer gesetzeskonformen Tätigkeit Diskriminierung zu unterlassen und darüber hinaus die geltenden Bestimmungen verfassungskonform und grundrechtsfreundlich auszulegen.

⁴⁷³ So etwa BGE 134 I 49, E. 3.1; BGE 134 I 56, E. 5.1.

⁴⁷⁴ Siehe etwa auch DENG, S. 4.

⁴⁷⁵ Für einen umfassenden Einblick siehe WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 487ff.

⁴⁷⁶ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 487ff.

⁴⁷⁷ Vgl. dazu WEBER-DÜRLER, Grundrechteingriffe, S. 145ff; TSCHANNEN, ZSR 1999 I, S. 406ff.; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 495.

⁴⁷⁸ Zum Letztere siehe hinten, a.a.O.

Ebenso unmittelbar an das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot gebunden sind ausgegliederte Verwaltungseinheiten, auf welche staatliche Aufgaben⁴⁷⁹ mit mehr oder weniger weitreichender Handlungsautonomie ausgegliedert werden. Diese ausgegliederten Verwaltungseinheiten bleiben unabhängig von ihrer Rechts- und Organisationsform⁴⁸⁰ an die Grundrechte gebunden, insoweit sie staatliche Aufgaben erfüllen. Die Grundrechtsbindung ist auch in denjenigen Fällen gegeben, wenn sich Verwaltungseinheiten in der Ausübung staatlicher Aufgaben privatrechtlicher Rechtsformen bedienen⁴⁸¹. Dies bedeutet also auch, dass Private dann unmittelbar an das Diskriminierungsverbot gebunden sind, wenn sie in der Wahrnehmung ‚staatlicher Aufgaben‘ handeln (Art. 35 Abs. 2 BV), was einen entsprechenden Delegationsakt durch das jeweils zuständige Gemeinwesen voraussetzt⁴⁸². »

c. Durchsetzung

« Bei Verdacht eines Verstosses gegen ein Diskriminierungsverbot sind die zuständigen Behörden – abhängig von der konkreten Konstellation – verpflichtet, auf Beschwerde/Einsprache/Rekurs/etc. hin oder von Amtes wegen eine Untersuchung einzuleiten und die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen durchzusetzen. Fühlt sich eine Person diskriminiert, hat sie die Möglichkeit, sich über die jeweiligen verfahrensrechtlichen Wege gemäss Verwaltungsrechts- oder Staatsrechtspflege zur Wehr zu setzen. Verfügungen können angefochten werden, Bei faktischen Handlungen steht in der Regel hauptsächlich die Aufsichtsbeschwerde an das zuständige Aufsichtsorgan oder eine Beschwerde an die Ombudsstelle offen. Zusätzlich kann bei einer schuldhaften Schädigung oder persönlichkeitsverletzenden Diskriminierung über das Verantwortlichkeitsrecht (Staatshaftungsrecht) mittels Staatshaftungs- bzw. Verantwortlichkeitsklage/beschwerde eine Entschädigung eingefordert werden (Genugtuung, Schadenersatz). Je nach Problemstellung, Rechtsbereich und Gemeinwesen bestehen grosse Unterschiede in der Ausgestaltung der Rechtsverfahren. »

Aus verfahrensrechtlicher Perspektive von Bedeutung sind weiter die verfahrensrechtlichen Beweisregeln. Gerade dort, wo die Rechtswidrigkeit von staatlichen Handlungen aufgrund der intransparenten Motivlage durch die Beschwerde oder Klage führende Partei schwer nachweisbar ist, sind Erleichterungen in

⁴⁷⁹ Nach der vorliegend vertretenen Position umfassen staatliche Aufgaben grundsätzlich sämtliche Handlungen und Tätigkeiten, welche staatliche Organe sowie Private in Wahrnehmung originärer bzw. delegierter Kompetenzen erfüllen, die dem jeweiligen Gemeinwesen verfassungsrechtlich zustehen. Übereinstimmend WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 491.

⁴⁸⁰ Z.B. als öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Autonomie, öffentlich-rechtliche Stiftung, öffentliches Unternehmen in Privatrechtsform, spezialgesetzliche Aktiengesellschaft, gemischtwirtschaftliches Unternehmen.

⁴⁸¹ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 509.

⁴⁸² Zu den Voraussetzungen einer Delegation von Verwaltungsaufgaben an Private HÄFELIN/ MÜLLER, Bundesstaatsrecht.

der Beweisführung – bzw. die Beweismassreduktion und die Beweislastumkehr – besonders zentral für die Durchsetzung von Nichtdiskriminierungsansprüchen. Dies wurde sowohl vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte⁴⁸³ als auch vom Bundesgericht anerkannt, indem sie bei bestehender Wahrscheinlichkeit einer Diskriminierung aufgrund des Vorliegens einer Benachteiligung spezifischer Gruppen eine Beweiserleichterung einführten.

So stellte das Bundesgericht in einem Urteil zur Verweigerung der Einbürgerung von mehreren Menschen aus Ex-Jugoslawien auf die vorliegenden Indizien ab und vermutete eine Diskriminierung, die durch die Gemeinde nicht widerlegt werden konnte. Angesichts der Besonderheit der Urnenabstimmung dränge sich die Frage auf, ob Beweislasterleichterungen zum Nachweis einer Diskriminierung eingeräumt werden müssen. Ein anderer Ansatz bestünde darin, so das Gericht weiter, die für das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung entwickelten Grundsätze zur Anwendung zu bringen: « Können die Gründe für das Stimmverhalten der Mehrheit an der Urne nicht ermittelt und der Nachweis einer direkten Diskriminierung deshalb nicht erbracht werden, wäre zu prüfen, ob die Abstimmung im Ergebnis Angehörige einer spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppe besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründbar ist ». Gemäss Richtergrremium sei bereits die pauschale Ablehnung aller Gesuche von Bewerbern aus dem ehemaligen Jugoslawien ein starkes Indiz dafür, dass die Herkunft der Personen der ausschlaggebende Faktor war (...). Stelle man dieses Ergebnis dem Abschneiden der italienischen Bewerber gegenüber, dränge sich die Vermutung auf, dass die Herkunft der Bewerber das ausschlaggebende Kriterium war.

Die eingeführte Beweiserleichterungsregelung gilt nach vorliegender Auffassung auch bei Diskriminierungshandlungen im Rahmen der Ausführung staatlicher Aufgaben durch Behörden oder private des Kantons Bern. Weiter richtet sich die Verwaltungs- und Staatsrechtspflege betreffend den Kanton Bern und seinen Gemeinden nach dem kantonalen bzw. kommunalen Verfahrensrecht.

1.3 Wirkung und Wirksamkeit der Diskriminierungsverbote

Zu Wirkung und Wirksamkeit der verfassungs- und völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote – insbesondere zu deren Befolgung durch die gebundenen Akteure sowie der Inanspruchnahme des Rechts und Sanktionierung bei Verstössen – liegen keine rechtssoziologischen Untersuchungen vor. Dies ist u.a. auch darin begründet, dass kaum Daten zum Diskriminierungsvorkommen seitens staatlicher Institutionen und privater Organisationen erhoben werden, die mit der Umsetzung staatlicher Aufgaben betraut sind. Derartige Studien sind wichtig und auch möglich, werfen jedoch auch erhebliche methodische Schwierigkeiten

⁴⁸³ Nachova u.a. v. Bulgarien, Nr. 43.577/98.

auf⁴⁸⁴. Dennoch lassen sich auf der Grundlage einzelner rechtspolitischer Studien gewisse Aussagen zur Rechtswirklichkeit der Diskriminierungsverbote machen:

In ihrer Studie « Recht gegen rassistische Diskriminierung » etwa setzt die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR gewisse Fragezeichen hinter die Wirksamkeit der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote. So führt sie die niedrige Anzahl von Gerichtsfällen auf die schwierige Nachweisbarkeit von Diskriminierungshandlungen zurück. Im Gegensatz zu den relativ offenen und medial präsenten Einbürgerungsverfahren seien administrativ ausgerichtete staatliche Handlungen weitestgehend der öffentlichen Kontrolle entzogen. Stichhaltige Beweise bei Verdacht auf Diskriminierung könnten nur selten erbracht werden. Es erstaune auch nicht, so die EKR, dass die Diskriminierungsfrage vorwiegend im Zusammenhang mit Einbürgerungen gerichtlicher Entscheidung zugeführt wurde, da bei Unregelmässigkeiten im Rahmen von Einbürgerungsverfahren die Betroffenen von einzelnen Stimmbürger_innen ermutigt würden, sich zur Wehr zu setzen oder Stimmbürger gleich selbst mittels Stimmrechtsbeschwerde gegen diskriminierende Entscheidungen antrete.

Auf der Grundlage dieser Argumentation liegt die Vermutung nahe, dass die Nachweisbarkeit von Diskriminierung massgeblich von der Transparenz abhängt, d.h. je transparenter eine Behörde agiert bzw. ihre Entscheidungsgrundlagen darlegt, desto einfacher ist es, Diskriminierungen zu erkennen bzw. zu bekämpfen. Insbesondere dort, wo Entscheide von Behörden auf Ermessensgrundlagen beruhen – so z.B. im Rahmen von Polizeikontrollen, Zahlung von Fördergeldern, bei Entscheiden von Amtsvormundschaftsbehörden, Sozialhilfestellen und im Rahmen schulischer Bewertungen –, wäre eingehend zu prüfen, wie gross das Diskriminierungsrisiko ist. Ebenso wäre zu prüfen, welche Faktoren einen positiven bzw. negativen Einfluss auf das Diskriminierungsrisiko ausüben. Auch wenn die EKR in ihrer Studie ein grundsätzliches Vertrauen in die Behörden ausspricht, bzw. der Auffassung ist, dass diese ihre Aufgaben weitestgehend diskriminierungsfrei erfüllen, gebe es Hinweise, dass die wenigen bekannten Vorfälle lediglich die Spitze des Eisberges darstellen würden. So zeigt die Beratungspraxis, die Beanstandungen, von Einzelpersonen, Beratungsstellen und Menschenrechtsorganisationen, dass Diskriminierung durch Gemeinwesen eine Realität darstelle. Insbesondere im Asyl- und Ausländerbereich, bei Kontakten mit den Sozialdiensten sowie im Zusammenhang mit polizeilichen Handeln werde regelmässig der Verdacht der Diskriminierung geäussert⁴⁸⁵.

Es besteht der abschliessende Befund, dass der Grad der Befolgung und Inanspruchnahme von Diskriminierungsverboten sich nur über eine Bewusstmachung der qualitativen und quantitativen Diskriminierungsrealität eruieren lässt. Die praktisch vollständige Intransparenz ist denn auch vermutungsweise der Hauptgrund, weshalb die Diskriminierungsverbote im Rahmen von Rechtsverfahren kaum je gerügt wer-

⁴⁸⁴ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

⁴⁸⁵ EKR-Studie, S. 49f.

den. Daher ist es besonders wichtig, dass Behördenmitarbeiter_innen sich ihrer Verantwortung bewusst sind, indem sie ihre eigenen Vorurteile reflektieren und entsprechend hilfreiche Handlungsanleitungen eintrainieren, damit Verstösse gegen Diskriminierungsverbote bestmöglichst verhindert werden.

2. Pflicht, vor privater Diskriminierung zu schützen

Eine umfassende Darstellung des für die staatlichen Pflichten zur Bekämpfung privater, ein- und mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung relevanten objektiven Rechts (inkl. der objektivrechtlichen Diskriminierungsverbote) ist im Rahmen des vorliegenden Auftrages nicht möglich. Daher konzentriert sich das Gutachten auf die zentralen Bestimmungen des Völkerrechts, des Bundesrechts und des Rechts des Kantons Berns: es skizziert dessen Geltung auf dogmatischer Ebene als auch auf der Ebene der Rechtswirklichkeit. Die Ausführungen beschränken sich auf diejenigen Normen, die für den Kanton Bern von Bedeutung sind. Die Darstellung bezieht sich auch auf Normen der Bekämpfung mehrdimensionaler, ethnisch-kultureller Diskriminierung.

Nach einer eingehenden Darstellung der völker- und verfassungsrechtlichen staatlichen Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung durch Private, werden im zweiten Teil der sachliche Geltungsbereich, die Adressaten, die Durchsetzung und die Wirkung und Wirksamkeit der expliziten Diskriminierungsverbote thematisiert. Dazu gehören neben dem strafrechtlichen Verbot zur Rassendiskriminierung ebenso das Gleichstellungsgesetz für Frau und Mann und das Behindertengleichstellungsrecht. Im dritten Teil werden die zentralen Normen behandelt, die implizit für die Diskriminierungsbekämpfung von Bedeutung sind, so etwa der privatrechtliche und arbeitsrechtliche Persönlichkeitsschutz, der Grundsatz des Verbotes sittenwidrigen Verhaltens, der Grundsatz von Treu und Glauben, die polizeiliche Generalklausel und weitere Normen des geltenden Privat- und öffentlichen Rechts.

2.1 Menschenrechtliche Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung Privater

Die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote verpflichten den Staat, wirksam vor Diskriminierung zu schützen⁴⁸⁶, wobei die Tragweite noch weitestgehend ungeklärt ist. Ausdrücklich anerkannt ist der Schutzanspruch etwa in der Rassendiskriminierungs-, Frauendiskriminierungs- und Behindertenkonvention⁴⁸⁷. Ebenso wird im Geltungsbereich spezifischer Menschenrechte der Schutz vor Diskriminierung zwi-

⁴⁸⁶ PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 60 ; RUDOLF, Pflichten, S. 91, 109-115 ; DIES., Diskriminierungsverbote, S. 68.

⁴⁸⁷ Vgl. dazu hinten, a.a.O.

schen Privaten explizit gewährleistet wie z.B. im Zusammenhang mit dem Recht auf Gesundheit⁴⁸⁸ und dem Recht auf Bildung⁴⁸⁹.

Die staatliche Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung bindet Private vorwiegend mittelbar – über die Auslegung des geltenden Landesrechts – an das Diskriminierungsverbot⁴⁹⁰. Diese indirekte Drittwirkung ist abzugrenzen von der unmittelbaren Verpflichtung Privater (direkte Drittwirkung). Unmittelbare Verpflichtungen Privater bestehen, soweit sich die menschenrechtlichen Garantien ausdrücklich auf das Verhältnis zwischen Privaten beziehen⁴⁹¹. Sie sind eine Ausnahme, da aus dem völkerrechtlichen Anspruch auf Schutz vor Diskriminierung aufgrund des staatsgerichteten « Abwehrverständnisses » völkerrechtlicher Menschenrechtsverträge⁴⁹² grundsätzlich keine völkerrechtliche Pflicht des Individuums entsteht, Diskriminierung zu vermeiden⁴⁹³. Gemäss PÄRLI liegt eine (ausnahmsweise geltende) direkte Drittwirkung dann vor, wenn der fragliche Völkerrechtsvertrag self-executing-Charakter hat und ausdrücklich vorsieht, dass Gleichbehandlungsansprüche gegenüber Privaten eingefordert werden können⁴⁹⁴.

Die Schutzpflicht des Staates besteht über die Gewährleistung des materiellen Diskriminierungsschutzes zwischen Privaten hinaus auch darin, den Rechtsschutz so auszugestalten, dass die Ansprüche wirksam eingefordert werden können⁴⁹⁵.

2.2 Verfassungsrechtliche Pflicht zum Schutz vor Diskriminierung Privater

a. Gewährleistung von Grundrechten zwischen Privaten

Die Wirkung der Grundrechte auf das Verhältnis zwischen Privaten ist in Lehre und Praxis mittlerweile unbestritten⁴⁹⁶. Grundrechte wurden in Originaltext und Literatur bereits in den Ursprüngen nicht nur als

⁴⁸⁸ Eine menschenrechtlich motivierte Gesundheitsgesetzgebung hat z.B. die Beseitigung privater Diskriminierung kranker und behinderter Menschen zu berücksichtigen (Sozialausschuss, General Comment 14 (2000), Ziff. 35 ; Frauenrechtsausschuss, General Recommendations 14 (1990). Vgl. dazu auch hinten, a.a.O.

⁴⁸⁹ MRA, Blom v. Sweden, 191/1985 (1988), Ziff. 10.2-10.3. Vgl. dazu auch hinten, a.a.O.

⁴⁹⁰ PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 41.

⁴⁹¹ STRAUSS, S. 100.

⁴⁹² TOMUSCHAT, Grundpflichten, S. 307.

⁴⁹³ PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 42.

⁴⁹⁴ PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 42.

⁴⁹⁵ Vgl. dazu z.B. Art. 6 CERD, nachdem die Vertragsstaaten « einen wirksamen Schutz und wirksame Rechtsbehelfe durch die zuständigen nationalen Gerichte und sonstigen staatlichen Einrichtungen gegen alle rassistisch diskriminierenden Handlungen » gewährleisten müssen. Vgl. zudem hinten, a.a.O.

⁴⁹⁶ Vgl. etwa AUBERT, Bundesstaatsrecht, S. 815 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, Volume II, S. 79 ; EGLI, S. 283 ; G. MÜLLER, Überblick, S. 237 ; J.P. MÜLLER, Bemerkungen, S. 636 ; HÄFELIN/HALLER, N. 283 ; HANGARTNER, Band II,

Rechte gegenüber dem Staat verstanden, sondern auch als Rechte auf Schutz durch den Staat⁴⁹⁷. Diese Auffassung war jedoch nicht immer selbstverständlich. Erst mit der Zeit – nach offenkundigem Versagen der liberalistischen Staatskonzeption – fand die Einsicht, dass der Staat auch aktiv zum Grundrechtsschutz beitragen müsse, Einzug in die Praxis und das herrschende Verständnis in der Lehre⁴⁹⁸. Grundrechte verfügen seither über eine Ausstrahlungskraft auf das Verhältnis zwischen Privaten und sind im Verhältnis zwischen Privaten zu gewährleisten, soweit sie sich dazu eignen⁴⁹⁹. Im Grundsatz erachtet das Bundesgericht seit einem Entscheid von 1993 alle Grundrechte als geeignet, dem Staat Pflichten zu ihrem positiven Schutz aufzuerlegen⁵⁰⁰.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene manifestiert sich diese Einsicht in Art. 35 Abs. 1 und Abs. 3 BV. Der in Art. 35 Abs. 1 BV verankerten Grundrechtsverwirklichungspflicht zu Folge müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung, d.h. auch im Privatrecht, Strafrecht und Verwaltungsrecht zur Geltung kommen⁵⁰¹. Art. 35 Abs. 3 BV verdeutlicht zudem die grundsätzliche Anerkennung der Wirkung von grundrechtlichen Garantien zwischen Privaten, wonach die Behörden dafür zu sorgen haben, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden. Anlass zu Kontroversen gibt hingegen die Art und Weise der Wirkung von grundrechtlichen Garantien in den horizontalen Rechtsver-

S. 51 ; SALADIN, Wandel, S. 307ff. ; PÄRLI, Gleichbehandlung, N 753 ; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff, S. 80ff. ; WIEDERKEHR, Kerngehaltsgarantien, S. 176ff. Vgl. etwa BGE 126 II 300, 314 E. 5 ; 119 Ia 28, 30 f. E. 2. Vgl. zudem die Entwicklung der Praxis des Bundesgerichts: BGE 4, 434 E2 S. 435f. (Setz-Germann); 12, 93 E5 S. 108f. (Schaaff); 20, 746 E3 S. 753 (Gertsch); 20, 274 E2 S. 280f. (Zamperini); 49 I 138ff. (Vogel); 97 I 221 E4d S. 230; 113 Ia 304 E4c S. 307; 113 V 22 E4d S. 32 (bestätigt in 119 V 255 E2 S. 259); 114 Ia 216 E5b S. 220f. (zustimmend erwähnt in BGE 121 I 22 E2 S. 24), BGE 119 V 255 E2 S. 259; BGE vom 18. Februar 1991 in EuGRZ 1992, S. 204 E6c/bb S. 207; 124 I 107 E3c S. 113; 126 II 300 E5a S. 314.

⁴⁹⁷ Vgl. z.B. Hinweise auf die Verfassungen verschiedener U.S.-amerikanischer Gliedstaaten bei ISENSEE, Schutzpflichten, Rz. 25 ; und der Verweis auf die französische Unabhängigkeitserklärung bei GRIMM, Zukunft, 225f. Vgl. zudem STARCK, Praxis 1994, S. 47f. ; JARASS, Grundrechte, AöR 1985, S. 372ff. ; ROBBERS, Sicherheit, S. 121 ; und SCHEFER, Kerngehalte, S. 238ff.

⁴⁹⁸ Für die Schweiz siehe BGE 97 I S. 499ff. (Griessen). Vgl. dazu CARONI, « Privatrecht », S. 138ff. und SCHEFER, Kerngehalte, S. 240f. In den USA vgl. den 34 Jahre früheren, bahnbrechenden Entscheid *West Coast Hotel Co. V. Parrish*, 300 U.S. 379, S. 391ff. (1937), wo erstmals ein U.S.-amerikanisches Gericht anerkannte, dass die Vertragsfreiheit kein Grundrecht darstelle, das Eingriffe zum Schutz des sozial Schwächeren nicht zulasse. Für Deutschland siehe STOLLEIS, Geschichte, Bd. 2, S. 457ff.

⁴⁹⁹ Siehe hinten, a.a.O. MÜLLER, Allgemeine Bemerkungen, N 37 ; DERS., Elemente, S. 46ff ; CLAPHAM, The 'Drittwirkung', S. 163ff. ; Botschaft BBI 1997 I 193 ; SCHWEIZER, Art. 35 BV, N 18ff. ; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 493.

⁵⁰⁰ BGE 126 II 300 E5a S. 314 : « (C)e devoir d'intervention existe en principe de façon générale, en rapport avec chacun de ses droits (...) ».

⁵⁰¹ Vgl. dazu etwa auch EGLI, S. 197 ; PÄRLI, Gleichbehandlung.

hältnissen Privater⁵⁰². Im Grundsatz erschöpfen sich die zentralen Konzepte dazu in der Drittwirkungs- und in der Schutzpflichtenlehre. Die wichtigen Theorien dazu werden im Folgenden kurz nachgezeichnet.

b. Drittwirkungslehre

Bis in die 60er-Jahre des 20. Jahrhunderts wurde mit wenigen Ausnahmen⁵⁰³ den Grundrechten jegliche Wirkung auf Private Rechtsverhältnisse abgesprochen. Grundrechte wurden weitestgehend als Abwehrrechte verstanden und dienten ausschliesslich der Gewährleistung der staatsfreien Sphäre (sog. « status negativus »)⁵⁰⁴. Erst in den 70er-Jahren wurde in Anlehnung an die von HANS CARL NIPPERDEY ausgelöste und insbesondere auch von GÜNTER DÜRIG geprägte Debatte in Deutschland die subjektivrechtliche Abwehrkomponente der Grundrechte um eine objektivrechtliche Funktion erweitert⁵⁰⁵. Damit war der Weg geebnet für ein sich in der schweizerischen Literatur anbahnendes Bekenntnis zu einer gewissen Horizontalwirkung der Grundrechte⁵⁰⁶. In der Folge brach eine heftige Kontroverse darüber aus, ob und wie Grundrechte unter Privaten Geltung erlangen könnten⁵⁰⁷. Auslöser war in erster Linie BGE 111 II 245ff.⁵⁰⁸. Die unter der Figur der Drittwirkung geführten Diskurse fokussierten stark auf die Frage, ob sich Private für ihre Rechtsverhältnisse direkt oder ausschliesslich indirekt auf die Grundrechte berufen können.

Unterschieden wurde dabei zwischen der Lehre direkter und indirekter Drittwirkung sowie der vermittelnden Drittwirkungslehre⁵⁰⁹, wobei Art. 35 Abs. 3 BV sowohl Aspekte der in Deutschland von Günter Dürig geprägten mittelbaren Drittwirkung als auch der im Schweizer Schrifttum entwickelten vermittelnden Drittwirkungstheorie beinhaltet⁵¹⁰. Der im Deutschen Rechte von Hans Carl Nipperdey entwickelten Lehre der unmittelbaren Drittwirkung zu Folge binden die Grundrechte den Privatrechtsverkehr direkt. Die grundrechtlichen Garantien stellen eine normative Regelung der gesamten Rechtsordnung als Einheit dar, aus der auch unmittelbar subjektiv Rechte der Einzelnen fliessen⁵¹¹. Die Theorie der direkten Dritt-

⁵⁰² A.a.O.

⁵⁰³ FLEINER/GIACOMETTI, Bundesstaatsrecht 1949, S. 244.

⁵⁰⁴ WALDMANN, Autoversicherung, S. 73; SCHEFER, Kerngehalte, S. 238.

⁵⁰⁵ J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 169f.; DERS., Elemente, S. 84ff.; MÜLLER, Grundrechtsgarantien, S. 157; KÖLZ, S. 309.; HANGARTNER, Grundrechte 1982, S. 243ff.; WEBER-DÜRLER, Grundrechtseingriff 1998, S. 77ff.

⁵⁰⁶ Vgl. zum Ganzen SALADIN, S. 308f.

⁵⁰⁷ BUCHER, SJZ 1987, S. 37, 99; SALADIN, S. 307ff.; SANDOZ, SJZ 1987, S. 214ff.

⁵⁰⁸ WALDMANN, Autoversicherung, S. 73. Vgl. zudem die Übersicht bei HÄSLER, S. 140.

⁵⁰⁹ EGLI, Drittwirkung, S. 141ff.

⁵¹⁰ Vgl. hierzu auch EGLI, S. 141ff.

⁵¹¹ NIPPERDEY, Boykott, S. 447; DERS., Persönlichkeit, S. 747f.; DERS., Privatrecht, S. 15; ENNECERUS/NIPPERDEY, S. 94. Zustimmend KOLL, S. 76ff.; LEISNER, S. 356ff.

wirkung vermochten sich weder in Deutschland noch in der Schweiz durchzusetzen⁵¹². In der Schweizer Lehrmeinung wird die absolute Form der direkten Drittwirkung mit wenigen Ausnahmen kaum vertreten⁵¹³. In der Rechtsprechung des Bundesgerichts finden sich zur Problematik der Drittwirkung von Grundrechten vorwiegend in älteren Entscheiden⁵¹⁴ vereinzelt Ansätze einer direkten Wirkung grundrechtlicher Garantien zwischen Privaten, die jedoch nach geltender Praxis abgelehnt wird.

Von der Schweizer Literatur und Praxis wohlwollend aufgenommen wurde hingegen die ebenfalls in Deutschland von Günter Dürig geprägte Lehre der mittelbaren Drittwirkung⁵¹⁵. Nach dieser beeinflussen die in den Grundrechten beinhalteten Wertentscheidungen den Privatrechtsverkehr insbesondere durch das Medium der privatrechtlichen Generalklauseln und der wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe⁵¹⁶. Auch geschieht der mittelbare Übertragungsakt der Grundrechte auf das Verhältnis zwischen Privaten mittels grundrechtskonformer Auslegung strafrechtlicher Generalklauseln durch die Gerichte sowie mittels Beachtung grundrechtlich geschützter Positionen Drittbetroffener anlässlich der Beurteilung von Bewilligungs- und Konzessionsgesuchen durch Verwaltungsbehörden⁵¹⁷. Der Lehre der mittelbaren Drittwirkung zu Folge vermögen die Grundrechte privatrechtliche Rechtsstreitigkeiten nicht selbst zu entscheiden, sondern benötigen immer eine Norm des Privat-, Straf- oder Verwaltungsrechts als Einbruchsstelle, um auf ein Rechtsverhältnis zwischen Privaten wirken zu können⁵¹⁸.

⁵¹² WALDMANN, Autoversicherung, S. 73.

⁵¹³ Vgl. AUBERT, Bundesstaatsrecht, S. 816, S. 818 ; SALADIN, Privatrechtsordnung, S. 375 ; HÄFELIN/HALLER, N 281 ; HANGARTNER, Grundrechtsbindung, S. 516 ; G. MÜLLER, Grundrechtsgarantien, S. 157 ; KLEY, Arbeitsverhältnis, S. 436 ; ZÄCH, Rechtsanwendung, S. 7 ; MORAND, S. 212 ; WESPI, S. 10 ; F.-E. KLEIN, effetti, S. 120.

⁵¹⁴ Vgl. etwa die Verweise in den Entscheiden des Bundesgerichts zur Zulässigkeit von Boykotten zwischen Privaten vor Inkrafttreten eines Schweizer Kartellgesetzes auf die in Art. 31 aBV verankerte Handels- und Gewerbefreiheit : BGE 4, 434, 435 E. 2. ; 82 II 292, 302 E. 5b ; 85 II 489, 496 E. 3 ; 86 II 365, 376 E. 4c.

⁵¹⁵ AUER, Dreiecksverhältnis, S. 2ff. ; AUBERT, Bundesstaatsrecht, S. 816 ; FAVRE, Droit constitutionnel, S. 255f. ; FURRER, S. 61 ; KLEY, Arbeitsverhältnis, S. 437, 446 ; J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 170 ; DERS., staatsleitende Grundsätze, S. 269 ; MORAND, S. 212 ; WILDHABER, Rassendiskriminierung, S. 467.

⁵¹⁶ Vgl. DÜRIG, Kommentar, Rn. 16, Rn. 132 ; DERS., Festschrift, S. 176. Dazu auch HESSE, Grundzüge, S. 159f. ; PIETH/SCHLINK, S. 46 ; SACHS, Vorbemerkungen, Rn. 32 ; DENNINGER, Rn. 32 ; und mit Bezug auf das schweizerische Recht EGLI, S. 145f.

⁵¹⁷ WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 493. Vgl. dazu zudem den Entscheid des VGr. ZH vom 13.4.2000, in : ZBI 2001, S. 103ff., wo der Zulassung eines Gesuchs für das Aufstellen von Plakaten und das Verteilen von Schriften das Verbot der Diskriminierung der Homosexuellen (Art. 8 Abs. 2 BV) entgegenstand, das dazu führte, dass der gesteigerte Gemeingebrauch nicht bewilligt wurde.

⁵¹⁸ EGLI, S. 145.

Diese Lehrmeinung findet auch in der Praxis weitgehend Zustimmung⁵¹⁹. In konstanter Rechtsprechung trägt das Bundesgericht etwa der Bedeutung der verfassungsrechtlichen Pressefreiheit der Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 27 ZGB und 28 ZGB Rechnung⁵²⁰. Interessant ist zudem, dass das Bundesgericht die Pressefreiheit auch bei der Auslegung unbestimmter Begriffe des Strafrechts im Sinne einer indirekten Drittwirkung berücksichtigt hat⁵²¹; somit gilt die mittelbare Drittwirkung nicht nur für die Anwendung des Privatrechts, sondern auch des Strafrechts⁵²². Als interessant – insbesondere auch für die Kantone, die aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung ausschliesslich im Bereich des öffentlichen Rechts Zuständigkeiten haben – erweist sich zudem der Einfluss der grundrechtlichen Garantien bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe des öffentlichen Rechts⁵²³.

So haben die Kantone auf der Grundlage von Art. 8 i.V.m. Art. 35 BV (und teilweise auch Art. 27 Abs. 2 KV-BE) sicherzustellen, dass die Diskriminierungsverbote auch über die Auslegung öffentlich-rechtlicher Normen zwischen Privaten zur Geltung kommen. Dies hat potentiell Auswirkungen im Bereich des Ordnungsrechts, so z.B. bei der Auslegung der polizeilichen Generalklausel und des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Von besonderem Interesse sind und vom Bundesgericht in seiner Praxis mit Offenheit aufgenommen werde die von der schweizerischen Literatur unabhängig von Deutschland entwickelten Ansätze der vermittelnden Drittwirkungslehre⁵²⁴. Die Vertreter_innen dieser Auffassung betonen, dass sich die Drittwirkung als Anweisung an den Gesetzgeber äussert, die grundrechtlichen Wertentscheidungen in die Gesamtheit der zu erlassenden Bestimmungen einfließen zu lassen⁵²⁵. In der Rechtsprechung wirken die Grundrechte nach der vermittelnden Drittwirkungslehre in erster Linie im Sinne einer mittelbaren Drittwirkung auf die Beziehungen zwischen Privaten ein, d.h. durch grundrechtskonforme Auslegung privatrechtlicher Generalklauseln und unbestimmter Rechtsbegriffe⁵²⁶. Als sekundärer Ansatz verweisen die Vertreter der vermittelnden Drittwirkungslehre dann unmittelbar auf die Grundrechte. Wo das Privatrecht

⁵¹⁹ BGE 111 I 245, 257 E. 4b ; 125 III 277, 284 E. 3c. In konstanter Rechtsprechung trägt das Bundesgericht der Bedeutung der verfassungsrechtlichen Pressefreiheit bei der Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes gemäss Art. 27 ZGB und Art. 28 ZGB bei. In BGE 107 Ia 277 anerkennt das Bundesgericht die Drittwirkung der Grundrechte in grundsätzlicher Weise.

⁵²⁰ BGE 111 II 209 ; 213 E. 3c ; 107 Ia 277, 280 E. 3a ; 95 II 481, 492 E. 7 ; 71 II 191, 192 f. E. 1.

⁵²¹ BGE 104 11, 14 E. 1c.

⁵²² Vgl. etwa auch BGE 116 IV 31, 41 E. 5a/bb.

⁵²³ Vgl. dazu etwa BGE 120 II 76 (Mikrowellenofen-Entscheidung).

⁵²⁴ Eine Übersicht dazu findet sich etwa in EGLI, Drittwirkung.

⁵²⁵ Vgl. etwa HANGARTNER, Band II, S. 51 ; G. MÜLLER, Überblick, S. 241 ; J.P. MÜLLER, Elemente, S. 86 ; KLEY, Arbeitsverhältnis, S. 437 ; SALADIN, Wandel, S. 318.

⁵²⁶ MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte.

durch verfassungskonforme Auslegung seiner Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe der Erfüllung der verfassungsrechtlichen Grundprinzipien nicht gerecht werde, sei ein unmittelbares Durchgreifen des Verfassungsrechts in den Raum des Privatrechts hinein erlaubt oder gar geboten⁵²⁷. Insoweit als Bestimmungen des Privatrechts den Wesensgehalt eines Grundrechts verletzen oder einen grundrechtrelevanten Bereich nicht oder nur lückenhaft regeln – etwa im Bereich ihrer Kerngehalte –, würden sich die Grundrechte im privatrechtlichen Verhältnis direkt entfalten⁵²⁸.

c. Schutzpflichtenlehre

Beeinflusst von der EGMR-Rechtsprechung⁵²⁹ zur Effektivität des Grundrechtsschutzes und der deutschen Praxis⁵³⁰ und Lehre⁵³¹ trat die Dogmatik der Drittwirkung in neuerer Zeit in den Schatten der Theorie der staatlichen Schutzpflichten⁵³². Dem Staat wird dabei die verbindliche Aufgabe zugeteilt, den Schutz der Grundrechte vor Beeinträchtigungen nichtstaatlicher Seite zu sichern⁵³³. Der Schwerpunkt der staatlichen Schutzpflichten liegt im Bereich der Kerngehalte⁵³⁴. Kommt der Staat seiner Schutzpflicht (u.a. mittels Gesetzgebung, Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung) nicht nach, sind Verletzungen der Grundrechte durch Private dem Staat selbst zuzurechnen⁵³⁵. Seit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung Anfang 2000 kommt die Schutzpflicht als zentraler Bestandteil in der Garantie der Menschenwürde zum Ausdruck: « Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen »⁵³⁶.

⁵²⁷ J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 172 ; DERS., Einleitung, Rn. 64 ; SCHEFER, Kerngehalte.

⁵²⁸ Vgl. dazu etwa G. MÜLLER, Überblick, S. 242f. ; HANGARTNER, Band II, S. 53 ; MASTRONARDI, Verfassungsgrundsatz, S. 155 ; MASTRONARDI, Verfassungsgrundsatz, S. 155 ; SALADIN, Wandel, S. 319 ; DERS., Privatrechtsordnung, S. 383 ; SCHEFER, Kerngehalte.

⁵²⁹ Der Einfluss zeigt sich u.a. im Zusammenhang mit der Schutzpflicht im Rahmen des Rechts auf Leben (BGE 126 II 300 E5 S. 314ff.).

⁵³⁰ Grundlegend das Lüth-Urteil BverfGE 7, 198 (205). Siehe weiter BverfGE 33, 303 – Hochschulurteil ; 39 1 – 1. Abtreibungsurteil, 6, 55 (72) – Ehegattenbesteuerung I ; 53, 30, 57, 295.

⁵³¹ Insbesondere DÜRIG, Grundrechte, S. 157ff. Eine bemerkenswerte Randbemerkung wert ist zudem, dass auch ein Aufsatz des Schweizerers HANS HUBER, Beziehungen, S. 157ff., massgeblichen Einfluss auf die Willensbildung des ersten Senats hatte (siehe dazu auch BÖCKENFÖRDE, Grundrechte, S. 164).

⁵³² Vgl. etwa die grundsätzliche Anerkennung der Schutzpflichten-Dimension der Grundrechte durch das Bundesgericht 1993 in BGE 119 Ia 28, 31 E. 2.

⁵³³ RHINOW, N 1085 ff.; EGLI, S. 155.

⁵³⁴ SCHEFER, Kerngehalte, S. 246ff. Insbesondere mit der Anerkennung des Grundrechts auf Existenzsicherung in BGE 121 I 367ff. wird die positive staatliche Pflicht zum Schutz von Grundrechten im Rahmen ihrer Kerngehalte deutlich. Zum Deutschen Recht siehe ISENSEE, Schutzpflicht, Rz.101, und aus der Praxis des Bundesverfassungsgerichts BverfGE 46, 160 (Schleyer-Beschluss), 56, 54 (74f.).

⁵³⁵ SCHEFER, Kerngehalte, S. 311f.; WIEDERKEHR, BGE 126 II 300ff., S. 218.

⁵³⁶ Vgl. dazu auch SCHEFER, Kerngehalte, S. 252f.

Diese Dogmatik wird in Art. 35 BV gespiegelt: Gemäss Abs. 1 müssen die Grundrechte in der ganzen Rechtsordnung zum Ausdruck kommen. Das staatliche Recht auf allen Ebenen (Bund, Kantone, Gemeinden) sowie alle, die staatliche Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 2 BV) ist so auszurichten, dass es zum Schutz der Grundrechte beiträgt⁵³⁷. Es sind alle geeigneten Mittel zum Schutz der Grundrechte einzusetzen⁵³⁸. Sodann hält Abs. 3 die Behörden an, dafür zu sorgen, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden⁵³⁹.

Während die Grundrechte in ihrer Funktion als Abwehrrechte dem Einzelnen Schutz vor Übergriffen des Staates in seine Freiheitspositionen garantieren, verpflichten grundrechtliche Schutzpflichten alle staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor grundrechtlich garantierte Rechtsgüter zu stellen, insbesondere auch sie vor Gefährdungen Dritter zu bewahren⁵⁴⁰. Unter Bezugnahme auf die deutsche Lehre und Rechtsprechung⁵⁴¹ sowie mit Hinweisen auf Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte⁵⁴² haben Grundrechte « nach neuerer Auffassung (...) nicht nur eine abwehrende Funktion gegen Beeinträchtigungen durch den Staat, sondern begründen auch eine staatliche Schutzpflicht gegen Gefährdungen, die von Dritten verursacht werden ».⁵⁴³

Grundrechtliche Schutzpflichten ergeben sich einerseits auf spezifische Schutzaufträge, die in den einzelnen Grundrechten verankert sind. Schutzaufträge ergeben sich etwa aus dem subjektivrechtlichen Gehalt der Menschenwürde (Art. 7 BV)⁵⁴⁴, dem Schutz der Kinder und Jugendlichen nach Art. 11 Abs. 1 BV⁵⁴⁵, dem Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten nach Art. 13 Abs. 2 BV⁵⁴⁶. Weiter finden sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Meinungs- und Versammlungsfreiheit⁵⁴⁷, zur Glaubens-, Ge-

⁵³⁷ Vgl. auch SCHEFER, Kerngehalte, S. 253 ; Botschaft VE 96, S. 192.

⁵³⁸ Botschaft VE 96, S. 192.

⁵³⁹ EGLI, S. 152.

⁵⁴⁰ Vgl. dazu aus der Praxis BGE 119 Ia 28, 31 E. 2.

⁵⁴¹ Aus der Lehre vgl. HERMES, Leben, S. 58 ; H.-H. KLEIN, Schutzpflichten, S. 490 ; MURSWIEK, Risiken, S. 102 ; aus der Rechtsprechung vgl. etwa BVerfGE 39,1 (41) ; 49,89 (141 f.).

⁵⁴² Vgl. unter vielen H.R., López Ostra v. Spain, Judgement of 9 December 1994, Series A, Vol. 303-C, S. 54 f. ; Para. 51.

⁵⁴³ BGE 126 II 300, 314 E. 5a.

⁵⁴⁴ Vgl. dazu etwa MASTRONARDI, Menschenwürde, S. 239 ; J.P. MÜLLER, S. 1f. ; SCHLAURI, S. 83f. ; RHINOW, Bundesverfassung, S. 33 ; SCHWEIZER, Persönlichkeitsschutz, S. 695 ; vgl. auch BGE 127 I 6, 14 E. 5b.

⁵⁴⁵ Vgl. dazu etwa EGLI, S. 162ff. ; SCHEFER, Kerngehalte, S. 245.

⁵⁴⁶ Vgl. dazu im Zusammenhang mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung BGE 122 I 153, 162 E. 6b/aa ; 120 II 118, 121, E. 3a ; in Anlehnung an BVerfGE 65, 1 (41ff.).

⁵⁴⁷ BGE 12, 93, 98 ; 124 I 267 mit Verweis auf Eur. Court H.R., Plattform « Ärzte für das Leben » v. Austria, Judgement of 21 June 1988, Series A, Vol. 139, S. 12, Para. 32.

wissens- und Kulturfreiheit⁵⁴⁸, zur Eigentumsgarantie⁵⁴⁹ und zum Recht auf Leben und auf persönliche Freiheit⁵⁵⁰ Ansätze von partiellen grundrechtlichen Schutzpflichten. Neben diesen partiellen Schutzaufträgen kann eine allgemeine grundrechtliche Schutzpflicht aus der in Art. 35 Abs. 1 BV verankerten Grundrechtsverwirklichungspflicht abgeleitet werden⁵⁵¹. Die grundrechtlichen Schutzpflichten des Staates umfassen auch die von der Drittwirkung sui generis⁵⁵² nach Art. 35 Abs. 3 geforderten Massnahmen zur Verwirklichung der geeigneten Grundrecht in den Rechtsbeziehungen zwischen Privaten⁵⁵³.

Die normative Wirkung grundrechtlicher Schutzpflichten ist sowohl präventiver als auch repressiver bzw. restitutiver Natur. Einerseits verpflichten Grundrechte dazu, vor drohenden Verletzungen eines Grundrechts zu schützen⁵⁵⁴. Die präventive Schutzpflicht hängt jedoch von einer Abwägung der Gefahrenbewertung und von Art und Schwere des drohenden Grundrechtseingriffes ab⁵⁵⁵; dies gilt ebenso für Kerngehaltsverletzungen⁵⁵⁶. Erst dort, wo eine Kerngehaltsverletzung mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussehbar ist, kann der Staat dazu verpflichtet werden, im Rahmen seiner Möglichkeiten und Mittel aktiv zum Schutz von Betroffenen tätig zu werden⁵⁵⁷. Je zentraler die Bedeutung eines gefährdeten Grundrechtsgehaltes für die Würde des Betroffenen ist, desto weiter vorgelagert greift die Schutzpflicht⁵⁵⁸. So hängt gemäss Deutschem Bundesverfassungsgericht Bestehen und Inhalt einer Schutzpflicht « von der Art, der Nähe und dem Ausmass möglicher Gefahren, der Art und dem Rang des verfassungsrechtlich geschützten Rechtsguts (...) ab »⁵⁵⁹.

⁵⁴⁸ Vgl. dazu SALADIN, Wandel, S. 28 ; TRACHSEL, S. 153ff. ; KARLEN, S. 175 ; BGE 20, 274 ; 97 I 221 ; 125 I 300.

⁵⁴⁹ BGE 28 I 167 ; 34 I 199 ; 119 Ia 28.

⁵⁵⁰ Vgl. etwa BGE 126 II 300.

⁵⁵¹ Vgl. HANGARTNER, Band II, S. 27f. ; J.P. MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, S. 163f. ; DERS., Elemente, S. 5f. ; DERS., staatsleitende Grundsätze, S. 269 ; AUER, Dreiecksverhältnis, S. 4 ; RHINOW, Grundrechtstheorie, S. 430 ; WEBER-DÜRLER, Bundesverfassung, S. 152 ; TSCHANNEN Warnungen, S. 403.

⁵⁵² Vgl. dazu vorne, a.a.O.

⁵⁵³ EGLI, S. 198.

⁵⁵⁴ Aus der internationalen Rechtspraxis siehe unter vielen Osman c. Vereinigtes Königreich, Rep. 1998-VIII 3124, Ziff. 115f.

⁵⁵⁵ Vgl. dazu BGE 126 II 300 E5b S. 315.

⁵⁵⁶ SCHEFER, Kerngehalte, S. 256.

⁵⁵⁷ Vgl. dazu SCHEFER, Kerngehalte, S. 256, mit Hinweisen auf die Deutsche Literatur MURSWIEK, Risiken, 1985, S. 149ff. ; ISENSEE, Schutzpflicht, 2000, Rz. 106ff.

⁵⁵⁸ TSCHANNEN, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, ZSR 1999 II S. 408. Vgl. dazu zudem EGMR, Balmer-Schafroth c. Schweiz, Rep. 1997-IV 1346, Ziff. 40.

⁵⁵⁹ BverfGE 49, 89 (140ff.) ; 56, 54 (78).

Neben ihrer präventiven Stossrichtung verpflichten die Schutzpflichten auch zu nachträglicher Intervention. Die nachträgliche Interventionspflicht umfasst sowohl eine Beseitigungs- als auch eine Wiedergutmachungspflicht⁵⁶⁰.

d. Gesetzgeberische Umsetzung der Schutzpflichten

Das Bundesrecht, das kantonale Recht sowie – soweit für den Autor ersichtlich – auch das Recht der Gemeinden im Kanton Bern umfasst ausschliesslich ein ausdrückliches Verbot im Zusammenhang mit der ethnisch-kulturellen Diskriminierung: das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung. Weiter im Zusammenhang mit der mehrdimensionalen ethnisch-kulturellen Diskriminierung von Bedeutung ist das Gleichstellungsgesetz für Frau und Mann (bei Geschlechter- / ethnisch-kultureller Diskriminierung) sowie Bestimmungen im Behindertengleichstellungsrecht (bei behindertendiskriminierender ethnisch-kultureller Diskriminierung). Beide Bereiche umfassen ebenso ausdrückliche Diskriminierungsverbote.

3. Rassismusstrafnorm

3.1 Hintergrund (Ausführungen der EKR⁵⁶¹)

Das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB, Art. 171c MStG) wurde als erstes Diskriminierungsverbot, das ausdrücklich (auch) Schutz vor Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten gewährleistet, im September 1994 mit 54,6% Ja-Stimmen von den Schweizer Stimmbürgerinnen und Stimmbürger angenommen⁵⁶². Sie trat am 1. Januar 1995 in Kraft.

Die Strafnorm dient der Umsetzung der Verpflichtungen, die die Schweiz mit der Ratifizierung des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung übernommen hat. Dieses Übereinkommen schreibt den Vertragsstaaten in bestimmten Fällen den Erlass von Strafbestimmungen vor. Es sieht das Strafrecht jedoch keineswegs als das einzige Mittel zur Bekämpfung von Diskriminierungen wegen der « Rasse » und der ethnischen Zugehörigkeit an, und auch nach der Auffassung des schweizerischen Gesetzgebers soll dieses Mittel bloss als ultima ratio eingesetzt werden. Das Strafrecht zieht also nicht die Grenze zwischen « gutem » und « schlechtem » Verhalten, sondern zwischen strafwürdigen – d.h. den öffentliche Frieden gefährdenden – und straflosen Handlungen⁵⁶³.

⁵⁶⁰ KÄLIN/KÜNZLI, Menschenrechtsschutz.

⁵⁶¹ Der folgende Teil wurde in wesentlichen Teilen übernommen von EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung.

⁵⁶² EKR, auffindbar unter: <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/index.html?lang=de> (Zugriff: 17. April 2011).

⁵⁶³ Vgl. hierzu RIEDER, Übersicht über die Praxis zu Art. 261^{bis} StGB. Im Auftrag der Eidg. Kommission gegen Rassismus, November 1998. Zugriff zum Dokument:

3.2 Rechtsgut

Nach herrschender Lehre und Praxis ist das von Art. 261^{bis} StGB geschützte Rechtsgut die Menschenwürde⁵⁶⁴ und der öffentliche Friede unselbständiges Schutzgut⁵⁶⁵. Dies entspricht den Vorgaben von Art. 4 RDK, deren Zweck der Schutz der Menschenrechte bzw. daran anlehnend der Gleichheit und der Menschenwürde ist⁵⁶⁶.

3.3 Schutzobjekte⁵⁶⁷

a. « Rasse »

Etymologisch ist der in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in die Deutsche Sprache übernommene Begriff « Rasse » von zahlreichen Einflüssen geprägt⁵⁶⁸. Mittlerweile natur- und sozialwissenschaftlich unumstritten ist, dass es sich bei « menschlichen Rassen » um eine soziale Konstruktion handelt⁵⁶⁹, die also biologisch nicht existieren⁵⁷⁰. Schutzobjekt von Art. 261^{bis} StGB ist daher nicht ein (natürlich bestehender) biologischer, sondern ein (konstruierter) soziologischer Rassebegriff⁵⁷¹. Die Verwendung des Begriffes der « Rasse » in der Strafnorm zeigt also lediglich, dass rassistische Ideologien existieren⁵⁷² und richtet sich gegen die Vorstellung, dass es « Rassen » gibt⁵⁷³. Eine « Rasse » im Sinne der Strafnorm liegt

http://www.humanrights.ch/home/upload/pdf/070326_rassendiskriminierung_rieder.pdf (Zugriff: 16. November 2010).

⁵⁶⁴ SCHLEIMINGER, 2007, Art. 261^{bis} N 7 ; FIOKA / NIGGLI, 2005, S. 714f. ; CORBOZ, 2002, Art. 261^{bis} N 1 ; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 328ff. ; CHAIX / BERTOSSA, 2002, S. 202 ; NIGGLI/METTLER/SCHLEIMINGER, 1998, S. 1069, 1064 und 1073 ; DONATSCH / WOHLERS, 2004, S. 209. Aus der höchstrichterlichen Praxis siehe BGE 123 IV 202, 206 ; 124 IV 121, 125 f. ; 126 IV 20, 24 ; 128 I 218, 222 ; 131 IV 23, 25. Vgl. schliesslich EKR-Urteil 1998-24.

⁵⁶⁵ NIGGLI, Rassendiskriminierung, S. 329 ; STRATENWERTH, 2000, vor § 38 N 1. Vgl. weiter REHBERG, 1996, S. 150 ; FIOKA, 2007, vor Art. 258 N 2 ; DONATSCH/WOHLERS, 2004, S. 172. Aus der Praxis siehe BGE 123 IV 202, 206 ; 126 IV 20, 24 ; 128 I 218, 222 ; 131 IV 23, 25.

⁵⁶⁶ Vgl. dazu eingehend NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 331ff. Vgl. weiter PARTSCH, 1994, S. 434 ; FIOKA, S. 455ff. Aus der ausländischen Literatur vgl. unter vielen LACKNER/KÜHL, 2004, § 130 N 10 ; TRÖNDLE/FISCHER, 2004, § 126 N 2 f., 130 N 14 m.w.N.

⁵⁶⁷ Der folgende Teil wurde in wesentlichen Teilen übernommen von NAGUIB, Anstellungsdiskriminierung.

⁵⁶⁸ Eingehend dazu NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 618ff.

⁵⁶⁹ Zur Unterscheidung der Menschen nach Rassen vgl. etwa KAUPEN-HASS/SALLER, 1999.

⁵⁷⁰ Vgl. dazu etwa TOBIAS, 1985, S. 618 ;

⁵⁷¹ Vgl. dazu STRAUSS, 1991, S. 26 ; RIKLIN, 1995, S. 38 ; DONATSCH/WOHLERS, 2004, S. 211 ; TRECHSEL, 1997, Art. 261^{bis}, S. 11.

⁵⁷² Vgl. dazu NIGGLI, Rassendiskriminierung, S. 637.

⁵⁷³ Vgl. dazu etwa auch die Ergebnisse der Weltkonferenz gegen Rassismus 2001 in Durban, wo die afrikanischen und karibischen Staaten besonderen Wert darauf legten, den Begriff in den Dokumenten zu nennen, weil er und nur er ihre die Diskriminierung in Vergangenheit und Gegenwart umschreibt (Durban, 2001, S. 5).

demnach dann vor, wenn Menschen in Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft als solche konstruiert werden – unabhängig davon, ob sie die entsprechenden Gruppen selbst als « Rasse » bezeichnen oder nicht⁵⁷⁴ –, wobei hier in Abgrenzung zu den kulturell ausgerichteten Begriffen Ethnie und Religion eine Gruppenkonstruktion aufgrund phänotypischer physischer Merkmale gemeint ist⁵⁷⁵. Als « Rasse » geschützt sind also Gruppen, die sich selbst und die von anderen als Gruppe erfahren bzw. erfahren werden, und denen (fälschlicherweise) bestimmte erbliche Merkmale zugeschrieben werden⁵⁷⁶.

Weil die verschiedenen « Rassen » soziale Konstrukte darstellen, lässt sich hier auch keine abschließende Liste von « Rassen » erstellen. Hingegen sollen an dieser Stelle typische Dimensionen rassistischer Konstruktionen aus der Vergangenheit und Gegenwart aufgelistet werden, die auch in Lehre und Praxis als solche Dimensionen akzeptiert sind.

Ohne Zweifel eine rassistische Konstruktion stellt die Einteilung der Menschen aufgrund ihrer schwarzen bzw. dunklen Hautfarbe dar⁵⁷⁷, wobei nicht entscheidend ist, ob der Begriff verwendet wird, sondern vielmehr ob er gemeint ist⁵⁷⁸. « Rassen » sind weiter Pygmäen, Asiaten, Indianer, « Farbige », Semiten, Weisse. Keine Rassen sind demgegenüber Frauen und Männer, « Liliputaner » d.h. Kleinwüchsige, Menschen mit Behinderung, Diabetiker, Blondhaarige, Brünette.

b. Ethnie

Das Wort Ethnie entwickelte sich aus dem Griechischen (ethnos) und bezeichnet eine Gruppe von Personen, die derselben Kultur angehören, d.h. die gleiche Sprache, Bräuche, Traditionen aufweisen⁵⁷⁹, ist je-

⁵⁷⁴ BGE 123 IV 202, 207 ; SCHLEIMINGER, 2007, Art. 261^{bis}, N 12 ; STRATENWERTH, 2000, § 39 N 28 ; REHBERG, 1996, S. 183.

⁵⁷⁵ Gleicher Meinung DONATSCH/WOHLERS, 2004, S. 211 ; STRATENWERTH, 2000, § 39 N 25 ; WEHRENBURG, 2007, Art. 264, N 18 ; SCHLEIMINGER, 2007, Art. 261^{bis}, N 13 ; RIKLIN, 1995, S. 38 ; VEST, 2007, Art. 261^{bis} N 27 ; ROM, 1995, 11.

⁵⁷⁶ Zutreffend NIGGLI, Rassendiskriminierung, S. 650 ; EKR-Urteil 1998-4. Anderer Meinung JOSITSCH, 1993, S. 5 ; RIKLIN, 1995, S. 38 ; STRAUSS, 1991, S. 26 ; KUNZ, 1992, S. 160, die davon ausgehen, dass die Begriffe « Rasse » und « Ethnie » ganz oder zumindest teilweise deckungsgleich sind.

⁵⁷⁷ Vgl. etwa BGE 124 IV 121, 122 ; EKR-Urteil 1998-1.

⁵⁷⁸ Beispiele aus der Praxis, die zumindest implizit bei Unterscheidung der Hautfarbe von einer rassistischen Konstruktion ausgehen sind EKR-Urteil 1998-2 (Herabsetzung bejaht bei Ausdrücke wie « Scheissneger » oder « Huere Neger »); EKR-Urteil 1998-23 (Frau beschimpft in einem Mehrfamilienhaus eine andere Frau als « Mohrenkopf » und « Schwarzer Sauhund »); EKR-Urteil 1999-16 (Beschimpfung einer Frau schwarzer Hautfarbe als niedrige Rasse und Dreck ; EKR-Urteil 1999-21 (Beschimpfung als « sales blancs ») ; EKR-Urteil 2003-27 (« Scheissnigger ») ; EKR-Urteil 2000-53 (Beschimpfung zweier Personen schwarzer Hautfarbe mit « Dreckneger », « Negersau » und « Scheissneger ») ; EKR-Urteil 2002-2 (Beschimpfung einer Serviceangestellten als « Negerhure », « Schwarze Sauschlampe », « Saunegerin », « Lügnerin »).

⁵⁷⁹ Panoff/Perrin, S. 91.

doch als Begriff sowohl in der völkerrechtlichen⁵⁸⁰ als auch sozialwissenschaftlichen Literatur⁵⁸¹ umstritten. Die Sozialwissenschaften unterschieden etwa zwischen der Askriptions- oder Ursprungstheorie, welche den Begriff der Ethnie in erster Linie über die gemeinsame Abstammung definiert, und der subjektivistischen, situationellen oder instrumentellen Position, welche den Begriff der Ethnie auf das Selbstverständnis der Gruppen von Menschen abstützt⁵⁸².

Da aus der Perspektive des strafrechtlichen Verbotes der Rassendiskriminierung eine deutliche Trennung zwischen den Begriffen « Rasse » und Ethnie notwendig ist, ist es sinnvoll, sich der subjektivistischen, situationellen oder instrumentellen Position anzuschliessen⁵⁸³. So ist eine Ethnie im Sinne von Art. 261^{bis} StGB eine Gruppe, die sich selbst als distinkt versteht⁵⁸⁴, dies aufgrund einer gemeinsamen Geschichte⁵⁸⁵, einem gemeinsamen zusammenhängenden System von Einstellungen und Verhaltensnormen (Traditionen, Brauchtum, Sitte, Sprache etc.)⁵⁸⁶, wobei die Merkmale von der Gruppe selbst dazu verwendet werden müssen, sich gegenüber anderen abzugrenzen⁵⁸⁷.

In Sinne dieser Definition wurden in der Praxis bis anhin folgende Gruppen als Ethnien qualifiziert: Albaner⁵⁸⁸, Jugoslawen⁵⁸⁹, Kosovo-Albaner⁵⁹⁰, Fahrende⁵⁹¹, Tamilen⁵⁹², Portugiesen⁵⁹³, Palästinenser⁵⁹⁴. Zudem sind bei Ethnien eine Verwendung von Sammelkategorien möglich, sofern damit eine Mehrzahl von Ethnien

⁵⁸⁰ Vgl. dazu vorne, a.a.O. Siehe zudem die unterschiedlichen Positionen in SMOHAA, 1985, S. 268 ; PARTSCH, S. 121 ; RODRIGUES, 1994, S. 4.

⁵⁸¹ PANOFF/PERRIN, 1982, S. 91 ; STANFIELD, 1995.

⁵⁸² SMOHAA, 1985, S. 268.

⁵⁸³ Ähnlicher Auffassung JOSITSCH, 1993, S. 9 ; MÜLLER, 1994, S. 247 ; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 667.

⁵⁸⁴ Gleicher Meinung NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 667.

⁵⁸⁵ JOSITSCH, 1993, S. 9 ; SCHEFF, 1994, S. 278ff.

⁵⁸⁶ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 670.

⁵⁸⁷ SMOHAA, 1985, S. 267.

⁵⁸⁸ EKR-Urteil 1999-22 (Zutrittsverbot für Restaurantbesucher aus « Ex-Jugoslawien und Albanien) ; EKR-Urteil 2002-9 (« Sevoboy und UCK sind Dreck, der bereinigt sein muss, Wir (sic !) werden sie alle vernichten – die Albaner », « SCHEISS Albaner, muss man vernichten »).

⁵⁸⁹ EKR-Urteil 1999-45, in dem festgehalten ist, dass die Bezeichnung als Jugoslawen für mehrere Ethnien steht.

⁵⁹⁰ BGE 131 IV 23 ; EKR-Urteil 2002-30.

⁵⁹¹ EKR-Urteile 1996-2, 1999-34, 2000-17, 2000-56.

⁵⁹² Kantonsgericht St. Gallen, SGGVP 38 1997 87, Urteil vom 16. Juni 1997. Siehe dazu auch RIKLIN, Medialex 1997/3, S. 171.

⁵⁹³ EKR-Urteil 2000-1.

⁵⁹⁴ Staatsanwaltschaft Zürich (D-2/2004/19113), Entscheid vom 29. November 2005.

gemeint ist⁵⁹⁵, denn gerade weil es sich hier wiederum um eine diskriminierende Konstruktion bzw. Kategorisierung handelt, ist ein Zusammengehörigkeitsgefühl nicht notwendig⁵⁹⁶.

Nach der Lehre zutreffend als Ethnie geschützt sind weiter Sprachgemeinschaften wie z.B. die italienisch- oder romantsch-sprechenden Minderheiten⁵⁹⁷, oder aufgrund ihrer Geschichte oder ihres speziellen Brauchtums als ethnisch zu definierende kantonale Gruppen wie etwa das « peuple jurassien », die Walliser, Appenzeller etc.⁵⁹⁸ und die Sammelkategorie⁵⁹⁹ « Schweizer », sofern damit nicht erkennbar eine rechtliche Kategorie gemeint ist⁶⁰⁰.

Vom Begriff der Ethnie ausgeschlossen bleiben aber Zünfter, Jodler, Radfahrer, Nudisten, Menschen mit Behinderung und Skinheads, weil sie höchstens ein kursorisch gemeinsames Schicksal aufweisen, aber sowohl ein gemeinsames System von Einstellungen und Verhaltensnormen und eine Sammelkategorie gemeinsamer Systeme fehlt⁶⁰¹.

c. Religion

Der Begriff der Religion leitet sich vom lateinischen « religare » her, das « anbinden, festbinden, etwas wiederholt und sorgfältig beachten » bedeutet⁶⁰². Religion ist sowohl in den Sozialwissenschaften⁶⁰³ als

⁵⁹⁵ DONATSCH/WOHLERS, 2004, S. 210f. ; VEST, 2007, Art. 261^{bis} N 34 ; SCHLEIMINGER, 2006, Art. 261^{bis} N 15. Vgl. zudem EKR-Urteil 1999-45, welches festhält, dass die Bezeichnung als Jugoslawen für mehrere Ethnien steht ; EKR-Urteil 2003-10.

⁵⁹⁶ Vgl. hierzu zutreffend EKR-Urteil 2003-10. Vgl. zudem NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 673. Typisches Beispiel ist etwa die Bezeichnung « Balkanese », wenn sie in einer abschätzigen Form verwendet wird. Falsches Urteil GER.2004.1742 vom 16. März 2006, wo die Staatsanwaltschaft Solothurn eine diskriminierende Zutrittsverweigerung nicht als Verletzung von Art. 261^{bis} StGB bezeichnete, weil die « Balkanvölker nicht einer Religionsgemeinschaft oder einer rassischen Gruppe zugeordnet werden, sodann fallen sie auch nicht unter den Begriff einer Ethnie », weil sich ethnische Gruppen über eine gemeinsame Geschichte, ein gemeinsames System von Einstellungen und Verhaltensweisen definieren würden.

⁵⁹⁷ VEST, 2007, Art. 261^{bis} N 30 ; MÜLLER, 1994, S. 247 ; ROM, 1995, S. 112f. Vgl. zudem EKR-Urteil 2000-3.

⁵⁹⁸ RIKLIN, 1995, S. 39 ; TRECHSEL, 1997, Art. 261^{bis} N 12 ; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 675 ; SCHLEIMINGER, 2007, Art. 261^{bis} N 14 ; kritisch KUNZ, 1992, S. 160 ; ablehnend ROM, 1995, 112 f. ; STRATENWERTH, 2000, § 39 N 26 ; VEST, 2007, Art. 261^{bis} N 30 ff.

⁵⁹⁹ Zum Begriff siehe vorne, a.a.O.

⁶⁰⁰ Vgl. dazu NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 676 ; zudem aus der Praxis EKR-Urteil 2000-14. Demgegenüber wird in EKR-Urteil 1998-31 fälschlicherweise für die Bezeichnungen « Lölichweizer », « verdammter Dreckschweizer » und « Dubelschweizer » das Vorliegen des Schutzobjektes « Ethnie » verneint. Siehe auch BA Zürich (Basler Zeitung, 4.12.1997).

⁶⁰¹ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 678 ; auch in Anlehnung an SMOHAA, 1985, S. 267.

⁶⁰² NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 688.

auch in den Rechtswissenschaften⁶⁰⁴ ein relativ unpräziser Begriff. In der verfassungsrechtlichen Praxis zur Glaubens- und Gewissensfreiheit hat sich ein sehr weiter Religionsbegriff herausgebildet, der in den Worten von HALLER « alle Arten von Vorstellungen über die Beziehung des Menschen zum Göttlichen, zum Transzendenten (...) erfasst », wobei nicht nur die traditionellen Glaubensformen des Christentums, sondern alle Religionen, unabhängig von ihrer quantitativen Verbreitung in der Schweiz, auch alle christlichen und ausserchristlichen Sekten gemeint sind⁶⁰⁵. Entscheidend ist eine gewisse grundsätzliche und systematische weltanschauliche Bedeutung des Bekenntnisses, das einer Gesamtsicht der Welt entspricht, d.h. ein eigentliches Glaubenssystem darstellt⁶⁰⁶, das zudem eine gewisse Gruppendynamik aufweist⁶⁰⁷. Auch wenn es in zahlreichen Einzelkonstellationen Überschneidungen mit den Begriffen « Rasse » und Ethnie geben kann, ist der Begriff der Religion nicht mit Letzteren gleichzusetzen.

In Lehre und Praxis kaum umstritten ist, dass auch der Begriff der Religion in Art. 261^{bis} StGB von einem weit gefassten Verständnis ausgeht, das grundsätzlich jede Überzeugung schützt, die sich auf das Verhältnis des Menschen zum Göttlichen, zum Transzendenten bezieht und weltanschauliche Dimensionen hat⁶⁰⁸, die eine relative Stabilität aufweist. Entsprechend dieser Bedeutung sind neben den traditionellen Religionen auch solche religiösen Gruppen zu schützen, deren Mitglieder nur eine Minorität ausmachen⁶⁰⁹, die also nicht dem Christentum⁶¹⁰, dem Islam⁶¹¹ und dem Judentum⁶¹² angehören. Keine Religion sind etwa militante Tierschützer, d.h. Gruppen ohne religiösen Bezug, oder Gruppen mit quasi-religiösem Bezug, welche das religiöse Gewand etwa nur zur Tarnung wirtschaftlicher Interessen benutzen⁶¹³. Sekten, das heisst destruktive Kulte, werden von der Schutzobjekt « Religion » jedoch nicht erfasst, wobei es

⁶⁰³ Vgl. dazu etwa die Definitionen bei SCHISCHKOFF, S. 583, der an den Begriff « Gott » anknüpft; OTTO, der am Begriff des « Heiligen » anknüpft.

⁶⁰⁴ Vgl. dazu NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 689ff.

⁶⁰⁵ HÄFELIN, 1991, N 42. Analoger Auffassung CAVELTI, 2002, Art. 15 N 16; KARLEN, 1988, S. 201ff.; MÜLLER, 1991, S. 57. Aus der höchstrichterlichen Praxis vgl. zudem BGE 119 Ia 178, 183; 119 IV 260, 263.

⁶⁰⁶ BGE 119 Ia 178, 183; KARLEN, 1988, S. 205.

⁶⁰⁷ RIKLIN, 1995, S. 38. Zu den verschiedenen Definitionen der « Gruppe » vgl. BGE 100 IV 219, 220; 105 IV 181; REHBERG / SCHMID / DONATSCH, 2003, 132; TRECHSEL, 1997, Art. 139 N 15; STEININGER, 2000, § 283 N 7; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 702.

⁶⁰⁸ HÄFELIN, 1991, N 5; CAVELTI, 2002, Art. 15 N 16; SCHLEIMINGER, 2007; Art. 261^{bis} N 17; FIOKA, 2007, Art. 261 N 12; FIOKA/NIGGLI, 2005, S. 709f.; DONATSCH/WOHLERS, 2004, S. 211f.; WEHRENBURG, 2007, Art. 264 N 21.

⁶⁰⁹ RIKLIN, 1995, S. 39; ROM, 1995, S. 117; TRECHSEL, 1997, Art. 261^{bis} N 13; JOSITSCH, 1993, S. 265; FIOKA, 2007, Art. 261 N 12; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 705ff.; STRATENWERTH, 2000, § 39 N 4.

⁶¹⁰ Aus der Praxis siehe 6S.148/2003 vom 16. September 2003; BA Zürich Unt- Nr. D-2/1997/000922.

⁶¹¹ Aus der Praxis siehe etwa EKR-Urteil 1998-12 (« fehlende kulturelle Stufengleichheit » der Schiiten); EKR-Urteil 2000-53 (« Islam verrecke »); EKR-Urteil 2002-15 (« muslims = assassins »); EKR-Urteil 2003-22.

⁶¹² Aus der höchstrichterlichen Praxis siehe etwa BGE 123 IV 202, 209; 124 IV 121, 124.

⁶¹³ DONATSCH/WOHLERS, 2004, S. 211; LANGEL, 1994, S. 23f.; FIOKA/NIGGLI, 2005, S. 722.

hier im Einzelnen sehr schwierig ist, eine Abgrenzung vorzunehmen⁶¹⁴. So sind etwa Scientologen⁶¹⁵, Mitglieder des Vereins zur Förderung der Psychologischen Menschenkenntnis⁶¹⁶, Mitglieder der Bahá'í-Sekte⁶¹⁷ und Raelianer⁶¹⁸ keine Gruppen, die von Art. 261^{bis} StGB geschützt sind.

3.4 Adressaten

Die Strafnorm richtet sich an sämtliche natürliche Personen, unabhängig davon, ob sie in ziviler oder staatlicher Funktion agieren. Zwar sind nach Art. 9 StGB die Normen des StGB nicht anwendbar auf Personen, die nach dem Militärstrafrecht zu beurteilen sind⁶¹⁹. Nachdem indes Art. 171c MStG bis auf die Strafandrohung mit Art. 261^{bis} StGB identisch ist, gelten die hier gemachten Ausführungen mit Ausnahme der militärstrafrechtlichen Spezifikation hinsichtlich der Strafandrohung auch für Art. 171c MStG⁶²⁰. Mit Ausnahme von Absatz 5 richten sich Art. 261^{bis} StGB und Art. 171c MStG in ihrer Gesamtheit an sämtliche natürlichen Personen.

Eine den Absatz 5 betreffende relative Einschränkung des persönlichen Geltungsbereiches gilt insofern, als sich die Strafbarkeit auf Personen in bestimmter Funktion beschränkt. So ist in der Praxis umstritten, ob sich die Strafbarkeit aufgrund des Tatbestandsmerkmals « von ihm angebotene » auf Personen beschränkt, welche die Leistung im zivilrechtlichen Sinne anbieten, oder ob auch Angestellte oder beauftragte Hilfspersonen darunter fallen⁶²¹. Zutreffend ist m.E., dass « von ihm angeboten » alle Personen bezeichnet, die eine Leistung tatsächlich anbieten oder die einer natürlichen oder juristischen Person bei der

⁶¹⁴ Vertiefend hierzu NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 710ff.

⁶¹⁵ Dazu NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 715.

⁶¹⁶ DONATSCH/WOHLERS, 2004, S. 212 ; RIKLIN, 1995, S. 39 ; VEST, 2007, Art. 261^{bis} N 37.

⁶¹⁷ Aus der Praxis EKR-Urteil 2001-18.

⁶¹⁸ Vgl. dazu eta BGE 131 IV 78.

⁶¹⁹ TRECHSEL/NOLL, 2004, S. 64f.; STRATENWERTH, 2005, S. 101ff.; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 266.

⁶²⁰ Botschaft 1992, 316.

⁶²¹ Das Gericht Thal-Gäu (SO) hatte den Sachverhalt zu beurteilen, wo zwei jungen Kosovo-Albanern der Eintritt in eine Disco in Egerkingen verweigert worden war mit den Worten « Momentan, bis auf weiteres, Balkanstaaten nein! » (persönliche Notizen vom Autor, der an der mündlichen Urteilsöffnung persönlich anwesend war). Der Präsident des Gerichts spricht im Urteil vom 22. September 2008 den Türsteher frei, dies unter anderem mit der Begründung, das Discoangebot sei keine Leistung, die der Türsteher, sondern die der Geschäftsführer anbiete. Der Türsteher könne nicht selbstständig, sondern nur als Gehilfe verurteilt werden. Da der Betreiber der Disco von der Staatsanwaltschaft frei gesprochen worden sei, müsse auch der Türsteher vom Vorwurf der Gehilfenschaft freigesprochen werden. Gegenteiliger Meinung zur Frage der selbstständigen Strafbarkeit von Hilfspersonen sind die zuständigen Strafbehörden in Fällen aus dem Kanton Zürich (EKR-URTEIL 1999-46, Wegweisung von Personen schwarzer Hautfarbe aus dem Restaurant, und EKR-URTEIL 1998-22, Kein Verkauf eines Kinobillets an einen Mann schwarzer Hautfarbe) und in einem Fall aus dem Kanton Graubünden (EKR-URTEIL 2004-23, Zwei dunkelhäutigen Männern wird der Zutritt in einen Club verweigert).

Tätigkeit des Anbietens Unterstützung oder Hilfe gewähren⁶²². Eine engere Interpretation wäre unpraktisch und entspricht nicht der sozialen Realität, hätte dies doch zur Folge, dass zahlreiche diskriminierende Handlungen nicht sanktioniert würden, obwohl de facto kein Unterschied besteht, ob sie von einer « Hilfsperson » oder vom zivilrechtlichen Anbieter umgesetzt wurden. Zudem wäre eine derartig restriktive Interpretation weder mit dem historischen Willen der Gesetzgeberin⁶²³ noch mit Sinn und Zweck der Strafnorm vereinbar. Auch verstiesse sie m.E. gegen das ICERD, deren Wortlaut in Art. 5 relativ deutlich ist. So würden zahlreiche rassendiskriminierende Leistungsverweigerungen nach dem Zufallsprinzip – d.h. auf willkürliche Art und Weise – nicht sanktioniert.

Nicht zum Kreis der potentiellen Täter_innen gehören hingegen Personen, die zur Erbringung der Leistung keinen Beitrag leisten, wie z.B. ein Gast eines Lokales⁶²⁴, auch wenn diese freilich als Gehilfen zu Täterschaft oder Teilnahme bestraft werden könnten.

3.5 Öffentlichkeit

Ein rassendiskriminierender Übergriff wird gemäss Art. 261^{bis} StGB nur dann strafrechtlich verfolgt, wenn er in der Öffentlichkeit stattgefunden hat. Mit dieser Beschränkung der Strafbarkeit beabsichtigte der Gesetzgeber, die Privatsphäre von der Strafverfolgung auszunehmen.

Nach einem Urteil des Bundesgerichtes vom 27. Mai 2004 gelten « (...) alle Äusserungen und Verhaltensweisen als öffentlich, die nicht im privaten Rahmen erfolgen »⁶²⁵. Das Bundesgericht definiert somit den Begriff der « Öffentlichkeit » in Abgrenzung zum privaten Handeln. Äusserungen und Verhaltensweisen sind laut Urteil dann als privat anzusehen, wenn sie « (...) im engen Familien- und Freundeskreis oder sonst in einem durch persönliche Beziehungen oder besonderem Vertrauen geprägten Umfeld erfolgen ». Der Entscheid, wann und ob eine Handlung im privaten Kreis oder im öffentlichen Raum erfolgt, ist auf Grund der konkreten Umstände zu treffen. Die Zahl der Personen, welche die Äusserung oder

⁶²² NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1641ff., der auf die Widersprüche zwischen dem deutschen beziehungsweise italienischen Gesetzestext sowie der französischen Version hinweist. Zusätzlich argumentiert NIGGLI mit Hinweis auf die Formel in Art. 261^{bis} Entwurf-StGB « in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit » dahingehend, dass der Gesetzgeber die Strafbarkeit nicht auf die zivilrechtlichen Vertragspartner als Leistungsanbieter beschränken wollte, denn diese – sofern es sich dabei um juristische Personen handelt – könnten keine berufliche Tätigkeit ausüben; ähnlich GUYAZ, S. 295f.; VEST, N 106.

⁶²³ So kennt Art. 261^{bis} Ziff. 2 VE-StGB eine Einschränkung der Strafbarkeit noch nicht und Art. 261^{bis} Abs. 5 E-StGB verwendet die Formel « in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit ».

⁶²⁴ Ebenso ROM 1995, S. 144; GUYAZ, 1996, S. 295f.; VEST, 2007, Art. 261^{bis} N 106; NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1649.

⁶²⁵ BGE 130 IV 111.

Handlung wahrnehmen oder wahrnehmen könnten, spielt – entgegen früher anders lautender Urteile – « nur » noch – aber immerhin – eine untergeordnete Rolle⁶²⁶.

Abschliessend bleibt noch zu erwähnen, dass auch hinsichtlich des Öffentlichkeitsbegriffes es zwischen Art. 261^{bis} StGB und 171c MStG keine Differenzen gibt. Äusserungen, die in der Armee gemacht werden, sind grundsätzlich öffentlich⁶²⁷. So hatte im März 2007 das Militärgericht 2 in Yverdon drei Armeeangehörige wegen Hitlergruss und rassistischer Äusserungen zu 40, 25 und 15 Tagessätzen bedingt auf zwei Jahre verurteilt.

3.6 Tatbestände⁶²⁸

a. Aufruf zu Hass und Diskriminierung (Abs. 1)

« Wer öffentlich gegen eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion zu Hass oder Diskriminierung aufruft, (...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. »

Ein Aufrufen zu Hass und Diskriminierung liegt gemäss Lehre und Praxis vor, wenn « (...) ein Täter entsprechend nachhaltig und eindringlich darauf hinwirkt, dass gegenüber den Betroffenen eine feindselige Grundstimmung geschaffen und oder verstärkt wird oder wenn er das Gefühl entstehen lässt, es handle sich um unterwerfliche Wesen, denen nicht die gleichen Grundrechte zukommen wie anderen »⁶²⁹. Unter Hass versteht das Bundesgericht « (...) weit mehr als blosser Antipathie, Abneigung oder Ablehnung, auch mehr als Zorn und Wut, die sich relativ rasch wieder abkühlen »⁶³⁰. Diskriminierung besteht, wenn das Gleichbehandlungsgebot durch eine ohne ersichtlichen Grund erfolgte Ungleichbehandlung wegen der « Rasse », Ethnie oder Religion der Betroffenen verletzt wird. Eine solche Ungleichbehandlung muss mit

⁶²⁶ Siehe EKR-Entscheid 2004-10 (BGE 130 IV 111, E. 5.2). Siehe auch EKR-Entscheide 2004-19 und 2004-27, die in der Folge auf diese Praxis Bezug genommen haben.

⁶²⁷ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 267, mit Hinweis auf eine Äusserung des Obergerichtspräsidenten der Armee, welches Äusserungen, die in der Armee gemacht werden, grundsätzlich für öffentlich erachtet (vgl. Der Bund, 11. Januar 2006; und Interview mit Brigadier Dieter Weber, Aargauer Zeitung, 10. März 2006). Anderer Meinung hingegen ist hingegen der Untersuchungsrichter im Verfahren gegen die Unteroffiziere und Rekruten wegen der Vorfälle vom 18. August 2005 in Isole (vgl. GRA-Datenbank; Stichwort: Isole).

⁶²⁸ Die folgenden Elemente wurden in wesentlichen Teilen übernommen von EKR, Rassismusstrafnorm.

⁶²⁹ Aus der Praxis siehe etwa EKR-Urteil 1997-6.

⁶³⁰ Aus der Praxis siehe EKR-Urteil 2000-10 (Schweizerisches Bundesgericht vom 03.03.2000 – 6P.132/1999 und 6S.488/1999, E. 13b).

Absicht geschehen oder die Wirkung haben, dass die Betroffenen die ihnen zustehenden Menschenrechte nicht ausüben können oder in deren Ausübung beschränkt bzw. behindert werden⁶³¹.

Beispiele aus der Praxis:

Das Zitat « Beugen wir uns vor dem Davidstern, dem Gesslerhut unserer Zeit! » wurde als Aufruf zu Hass und Diskriminierung gewertet, weil der « Gesslerhut » ein Sinnbild der Unterdrückung und Verknechtung sei und die Juden dadurch beschuldigt würden, andere Völker und Religionsgemeinschaften unter ihre Herrschaft zwingen zu wollen. Da Unterdrücker naturgemäss gehasst würden, werde hier folglich zu Hass, Verachtung oder sogar Vernichtung der Juden aufgerufen, wie dies Wilhelm Tell mit Gessler getan habe⁶³².

Der Aufruf auf einer Chat-Plattform im Internet, alle Albaner und UCK-Mitglieder sollten verbrannt oder vernichtet werden, wurde als direkter Aufruf zu Hass und Diskriminierung im Sinne von Abs. 2 eingestuft⁶³³.

Das Einladungsschreiben einer Religionsgemeinschaft zu ihrer Jahreskonferenz wurde als tatbestandsmässig im Sinne von Abs. 1 qualifiziert, weil die Mitglieder darin aufgerufen wurden, die von dieser Glaubensgemeinschaft vertretenen antisemitischen Lehren weiterzuverbreiten. Das Gericht hielt fest, dass sich auch strafbar mache, wer Aufrufe anderer kritiklos wiedergebe⁶³⁴.

Der Aufruf « Schützt eure Kinder vor pädophilen katholischen Priestern » und « Schützt eure Kinder vor Pädophilie: schickt sie nicht mehr in den Katechismus » erachtete das Bundesgericht nicht als tatbestandsmässigen Aufruf im Sinne von Abs. 1. Es begründete dies damit, dass die Kritik an den pädophilen katholischen Priestern nicht am Merkmal ihrer Glaubenszugehörigkeit anknüpft, sondern an einem Verhalten gewisser Priester. Dadurch seien auf den verteilten Flugblättern nicht alle katholischen Priester als minderwertig dargestellt worden, ein Aufruf zu Hass und Diskriminierung liege demnach nicht vor⁶³⁵.

⁶³¹ NIGGLI, Rassendiskriminierung.

⁶³² EKR-Urteil 2001-20.

⁶³³ EKR-Urteil 2002-9.

⁶³⁴ EKR-Urteil 1997-6.

⁶³⁵ EKR-Urteil 2003-25 (Schweizerische Bundesgericht 6S.148/2003).

b. Verbreiten von Ideologien (Abs. 2)

« (...) wer öffentlich Ideologien verbreitet, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Angehörigen einer Rasse, Ethnie oder Religion gerichtet ist (...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. »

Der Ideologie-Begriff in Art. 261^{bis} StGB ist nicht mit dem allgemeinen Ideologie-Begriff gleichzusetzen. Noch nicht abschliessend geklärt ist, was unter einer Ideologie im Sinne der Strafnorm genau zu verstehen ist. So ist für das Bundesgericht umstritten, ob es sich bei der Ideologie im Sinn von Art. 261^{bis} um ein eigentliches Gedankengebäude handeln muss oder ob auch schon einige wenige Ideen dazu ausreichen. Bis anhin gelangte es zum Schluss, dass der Gesetzgeber von einem relativ weiten Ideologie-Begriff ausgegangen ist. So ist laut Botschaft des Bundesrates das Tatbestandsmerkmals der « Ideologie » dann erfüllt, wenn damit ein planmässiges und gezieltes Handeln einhergeht⁶³⁶. Offen ist etwa, ob die « Auschwitz-Lüge » in allen seinen bisherigen Varianten eine Ideologie im Sinne von 261^{bis} darstelle oder ausschliesslich gegen Abs. 4 Hälfte 2 verstosse⁶³⁷. Alle Äusserungen, in denen Menschen nicht weisser Hautfarbe und Angehörigen anderer Religionen ein geringerer Wert zugeschrieben wird, seien als Ideologien im Sinne von Abs. 2 zu werten⁶³⁸.

Als Ideologien wurden in der bisherigen Praxis neben der Verbreitung von antisemitischen Verschwörungstheorien⁶³⁹ auch die Bezugnahme auf Hitlers « Mein Kampf »⁶⁴⁰, das Aufhängen eines Hitlerbildes, das Zeichnen eines Hakenkreuzes, das Grüssen mit dem Hitler-Gruss sowie das Sprayen der Parole « Sieg Heil » qualifiziert.

Das Element « Verbreiten » beinhaltet zwei Komponenten: Erstens ist die Äusserung an Drittpersonen zu richten, wobei es hier über das Tatbestandselement der Öffentlichkeit hinaus geht und von diesem zu unterscheiden ist⁶⁴¹. Hingegen ist die öffentliche Darstellung eines Hakenkreuzes für sich genommen erst

⁶³⁶ EKR-Entscheid 2000-11 (Schweizerisches Bundesgericht, 6S.719/1999, E. 3d/bb).

⁶³⁷ Siehe hierzu EKR-Entscheid 2000-11 (Schweizerisches Bundesgericht vom 22.03.2000, 6S.719/1999, E. 3d/dd). Allerdings kommt der Kassationshof in diesem Fall zum Schluss, dass die These von einer jüdischen bzw. « zionistischen » Verschwörung gegen das christliche Abendland, deren Symbol der Beschwerdeführer in der angeblichen Erfindung des Holocaust und der Gaskammern sieht, eine « Ideologie » im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB darstellt. Diese These sei auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung der Juden gerichtet, so das Bundesgericht in seiner Begründung.

⁶³⁸ Siehe EKR-Entscheid 1999-17.

⁶³⁹ NAGUIB/ZANNOL.

⁶⁴⁰ NAGUIB/ZANNOL.

⁶⁴¹ NIGGLI, Rassendiskriminierung.

dann eine Verbreitung, wenn es zusätzlich mit einem werbenden Element verbunden ist⁶⁴². Zweitens ist ein « Verbreiten von Ideologien » erst dann gegeben, wenn der Täter sich darüber bewusst ist, « dass seine Äusserungen oder Handlungen Ideen darstellen, die in einer gewissen Logik zusammenhängen »⁶⁴³.

Das Grüßen von Gleichgesinnten mit dem Hitler-Gruss wurde in der Praxis bis anhin nicht als Verbreiten einer verpönten Ideologie angesehen, auch wenn dies in der Öffentlichkeit geschehen ist. Strafbar sei dies erst, wenn der Hitler-Gruss gegenüber Dritten verwendet werde⁶⁴⁴.

Die Verbreitung einer Ideologie muss, um den Tatbestand zu erfüllen, die entsprechenden Personengruppen verleumden oder herabsetzen. Beide Begriffe sind nicht identisch mit den jeweiligen Alltagsbegriffen⁶⁴⁵. Eine Verleumdung im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB liegt dann vor, wenn eine geschützte Personengruppe generell eines unehrenhaften Verhaltens beschuldigt wird⁶⁴⁶. Eine Herabsetzung im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB ist dann gegeben, wenn in einer Äusserung eine Person oder eine Gruppe von Personen im Vergleich zu anderen Personen bzw. Gruppen als minderwertig bezeichnet wird⁶⁴⁷.

Eher Verwirrung als Klärung stiftet das Tatbestandsmerkmal systematisch. So ist unklar, ob eine systematische Verbreitung vorliegen muss, um den Tatbestand in Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB zu erfüllen, oder ob die Ideologie systematisch durchstrukturiert sein, bzw. ob ein systematisches Herabsetzen oder Verleumden vorliegen muss. Wenn es im Zusammenhang mit dem Begriff « Ideologie » stünde, so läge eine tatbestandsrelevante Ideologie erst dann vor, wenn diese ein systematisch durchstrukturiertes Gedankengebäude darstellte, d.h. durch einen strukturierten Zusammenhang definiert wäre. Diese Einengung des Begriffs der Ideologie stünde dann aber im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung, in der das Tatbestandsmerkmal relativ breit ausgelegt wird⁶⁴⁸.

c. Propagandaaktionen (Abs. 3)

« (...) wer mit dem gleichen Ziel Propagandaaktionen organisiert, fördert oder daran teilnimmt (...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. »

⁶⁴² ZANNOL, Rassendiskriminierung, S. 24.

⁶⁴³ EKR-Entscheid 1997-28.

⁶⁴⁴ EKR-Entscheid 2001-8; vgl. zudem NIGGLI, Rassendiskriminierung.

⁶⁴⁵ So verlangt Art. 261^{bis} Abs. 2 StGB – im Gegensatz zu Art. 174 StGB – keine Verleumdung « wider besseren Wissens ».

⁶⁴⁶ EKR-Urteil 1997-28.

⁶⁴⁷ SCHLEIMINGER, Basler Kommentar, Art. 261^{bis} N 39.

⁶⁴⁸ EKR-Entscheid 2000-11 (Schweizerisches Bundesgericht vom 22.03.2000, 6S.719/1999, E. 3d/bb).

Absatz 3 von Art. 261^{bis} StGB konzipiert die Teilnahmeform der Helferschaft zu Aufruf zu Hass oder Diskriminierung (Abs. 1) und zur Verbreitung von Ideologien (Abs. 2) als eigenständige Delikte⁶⁴⁹; Gehilfen werden strafrechtlich zu selbständigen Tätern⁶⁵⁰. Dadurch wird der Verpflichtung der Vertragsstaaten nach Art. 4 lit. a RDK Folge geleistet, wonach jede Förderung (inkl. Finanzierung) von Rassendiskriminierung unter Strafe gestellt werden soll⁶⁵¹.

Strafbar ist die Organisation, Förderung oder Teilnahme an Propagandaaktionen. Eine Propagandaaktion ist ein bestimmtes Kommunikationsverhalten wie z.B. das Halten von Vorträgen, Ausleihen oder Verteilen von Schriften, Ausstellen von Bildern, Tragen von Abzeichen, aber auch das Ausführen von bestimmten Gesten (nonverbale Kommunikation) wie beispielsweise der Hitler-Gruss⁶⁵². Unter Organisation, Förderung oder Teilnahme können alle denkbaren Formen der Teilnahme subsumiert werden, welche die Durchführung von Propagandaaktionen erleichtern⁶⁵³. Nicht erfasst ist allerdings das passive Zuschauen, auch wenn es Billigung zum Ausdruck bringt⁶⁵⁴.

Beispiele aus der Praxis:

In einem Fall wurde der Verkauf von revisionistischer Literatur als Teilnahme an Propagandaaktionen qualifiziert, weil das besagte Buch in seiner Gesamtheit geeignet sei, zu Hass gegenüber Juden und Zionisten aufzurufen⁶⁵⁵.

Im « Waldhüttenurteil » verurteilte das zuständige Gericht den Organisator eines Skinhead-Treffens aufgrund von Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB. Es begründete dies damit, dass der Organisator den politischen Hintergrund der gehaltenen Vorträge gekannt habe und somit rassendiskriminierende Aussagen der Referenten ganz bewusst in Kauf genommen habe⁶⁵⁶.

⁶⁴⁹ NIGGLI, Rassendiskriminierung.

⁶⁵⁰ NIGGLI, Rassendiskriminierung.

⁶⁵¹ NIGGLI, Rassendiskriminierung ; STRATENWERTH, 2000, N 34 zu § 39, S. 183.

⁶⁵² Botschaft 1992, Ziff. 636.1.

⁶⁵³ ZANNOL, Rassendiskriminierung, S. 25.

⁶⁵⁴ NIGGLI, Rassendiskriminierung.

⁶⁵⁵ EKR-Entscheid 1997-5.

⁶⁵⁶ EKR-Entscheid 2004-10 (BGE 130 IV 111).

Weiter wurden der Vertrieb einer Zeitschrift mit revisionistischem Inhalt⁶⁵⁷ und die versuchte Lieferung von Nazi-propagandamaterial wie Fahnen, Poster, CD etc. für eine Skinhead-Party⁶⁵⁸ als Teilnahme an Propagandaaktionen im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB gewertet.

In einem anderen Fall wiederum wurde das private Hören von CD und das Lesen von Zeitschriften mit rassendiskriminierendem Inhalt nicht als Verstösse von Art. 261^{bis} Abs. 3 StGB qualifiziert⁶⁵⁹.

d. Diskriminierende Herabsetzung (Abs. 4 Teilsatz 1)

« (...) wer öffentlich durch Wort, Schrift, Bild, Gebärden, Tätlichkeiten oder in anderer Weise eine Person oder eine Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion in einer gegen die Menschenwürde verstossenden Weise herabsetzt oder diskriminiert (...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. »

Unter Herabsetzung der Menschenwürde wird eine Handlung verstanden, die « (...) dem Opfer seine Qualität als Mensch schlechthin abspricht ». Adressat der Handlung in Abs. 4 Teilsatz 2 ist daher nicht mehr primär die Öffentlichkeit sondern der/die Betroffen/-n selber. Nicht notwendig ist es aber, dass eine oder mehrere konkrete Person(en) angesprochen werden. Bei der Handlung geht es hingegen nicht um einen Angriff auf die Ehre des Verletzten, wie dies bei den Ehrverletzungsdelikten der Falle ist. Jemandem negative Eigenschaften⁶⁶⁰, Qualitäten oder Fähigkeiten zu unterstellen, ist für sich genommen noch kein Vergehen, das den Tatbestand von Arr. 261^{bis} Abs. 4 Teilsatz 1 StGB erfüllt, vielmehr setzt die Strafbarkeit voraus, dass den Betroffenen aus diskriminierenden Gründen das gleichberechtigte Dasein abgesprochen wird⁶⁶¹.

Aus der Praxis sind folgende Beispiele bekannt:

« Serbenschwein »⁶⁶², « Denn ein Geschäft mit einem Jud, besteht aus Schwindel und Betrug »⁶⁶³, « Raus mit den Scheiss-Jugos »⁶⁶⁴, « Sevoboy und UCK sind Dreck der bereinigt sein muss (...) Scheiss-Albaner,

⁶⁵⁷ EKR-Entscheid 2004-34.

⁶⁵⁸ EKR-Entscheid 1997-18.

⁶⁵⁹ EKR-Entscheid 1999-34.

⁶⁶⁰ Botschaft 1992, Ziff. 636.2.

⁶⁶¹ Siehe dazu auch EKR-Entscheid 2000-49.

⁶⁶² EKR-Entscheid 2002-23.

⁶⁶³ EKR-Entscheid 2002-22.

⁶⁶⁴ EKR-Entscheid 2002-21.

muss man vernichten »⁶⁶⁵, « Hakenkreuz, SS und Judensterne », « Scheiss-Ausländer-Raus », « Islam verrecke etc. »⁶⁶⁶, « Descendre tous les Nègres »⁶⁶⁷, « Sale yougoslave »⁶⁶⁸, « Du bist ein Affe und kein Mensch »⁶⁶⁹, « Es war gut, dass die Nazis damals solche ‚Polen-Sauen‘ vergast haben »⁶⁷⁰, « Negersau, Drecks neger »⁶⁷¹, « (...) Sie beten einen toten Gözen namens Allah an und verehren eine Affen, der sich Mohammed nannte! »⁶⁷².

Die Beschimpfung von das Schächtverbot beachtenden Juden als « Nazi-Henker » wurde vom Bundesgericht als tatbestandsmässig im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 4 Teilsatz 1 StGB erachtet, weil dieser Vergleich « ausgerechnet die Juden als Opfer des nationalsozialistischen Terrors » betrifft⁶⁷³.

Als nicht tatbestandsmässig erachtet wurden folgende Aussagen:

« Huerä Tschäpse, Schlitzauge und Scheiss-Chinese »⁶⁷⁴, « con »⁶⁷⁵, « Schoggikopf »⁶⁷⁶, « Huere Jugoslawen »⁶⁷⁷, « Avec les gens de couleur, c'est toujours le même problème »⁶⁷⁸, « Huere Ausländer »⁶⁷⁹.

Auch die Aussage « Einwanderer aus dem Kosovo haben einen unverhältnismässigen hohen Anteil an der zunehmenden Gewaltbereitschaft und Kriminalität in der Schweiz » erfüllt gemäss einem Bundesgerichtsurteil den Tatbestand von Art. 261^{bis} Abs. 4 Teilsatz 1 StGB nicht. Das oberste Gericht begründete dies damit, dass sich die fragliche Äusserung auf statistische Belege und somit sachliche und objektive Gründe stütze. Darin sei kein pauschales Negativurteil über die ganze Gruppe der betroffenen Personen enthalten. Auch die Forderung der Ausschaffung innerhalb der ursprünglich verfügten Frist sei nicht eine gegen die

⁶⁶⁵ EKR-Entscheid 2002-9. Die Äusserung wurde zudem unter Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB subsumiert.

⁶⁶⁶ EKR-Entscheid 2001-26.

⁶⁶⁷ EKR-Entscheid 2001-24.

⁶⁶⁸ EKR-Entscheid 2001-14.

⁶⁶⁹ EKR-Entscheid 2001-7.

⁶⁷⁰ EKR-Entscheid 2002-18.

⁶⁷¹ EKR-Entscheid 2000-53.

⁶⁷² EKR-Entscheid 2003-31.

⁶⁷³ EKR-Entscheid 2000-47 (Schweizerisches Bundesgericht vom 26.09.2000, 6S.367/1998, E. 4a).

⁶⁷⁴ EKR-Entscheid 2002-20.

⁶⁷⁵ EKR-Entscheid 2001-50.

⁶⁷⁶ EKR-Entscheid 2000-31.

⁶⁷⁷ EKR-Entscheid 2003-14.

⁶⁷⁸ EKR-Entscheid 1999-25.

⁶⁷⁹ EKR-Entscheid 2004-22 (BGE 131 IV 23).

Menschenwürde verstossende Herabsetzung, da sie den Betroffenen die Grundrechte nicht generell verweigere bzw. ihnen das gleichberechtigte Dasein nicht schlechthin abspreche, sondern auf einer politischen Ebene deren Ausschaffung fordere.

Ein Spezialfall zu Art. 261^{bis} Abs. 4 Teilsatz 1 StGB ist die öffentliche Absichtserklärung, « rassistisch zu handeln »⁶⁸⁰. Dieser Tatbestand muss klar von Abs. 5 abgegrenzt werden. Die öffentliche Bekanntmachung eines Lokalverbotes für Personen aus X sei gemäss NIGGLI eine Bereitschaftserklärung zur Leistungsverweigerung und noch keine Leistungsverweigerung im Sinne von Abs. 5⁶⁸¹. Erst mit einer konkreten Verweigerung der Bedienung der vom Lokalverbot betroffenen Personen – bzw. der konkreten Verweigerung eines Vertragsabschlusses – liege ein Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 5 vor.

Eine kantonale Gerichtsinstanz, die über ein Lokalverbot für Leute aus dem ehemaligen Jugoslawien und aus Albanien (« aus Sicherheitsgründen ») zu befinden hatte, liess die Frage, ob bereits die Tafel mit dem Lokalverbot nach Abs 5 strafbar sei, offen. Das Gericht sprach den Angeklagten einer Rassendiskriminierung gemäss Abs. 5 frei und verurteilte ihn nach Abs. 4 Teilsatz 1. Es begründete seinen Entscheid damit, dass besagte Bereitschaftserklärung in den Anwendungsbereich von Art. 261^{bis} Abs. 4 Teilsatz 1 StGB falle, weil sie einer Gruppe X die Gleichwertigkeit an der Teilhabe einer angebotenen Dienstleistung abspreche und so diese in ihrer Menschenwürde verletze.

e. Genozidleugnung (Abs. 4 Teilsatz 2)

« wer (...) aus einem dieser Gründe Völkermord oder andere Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost oder zu rechtfertigen sucht (...) wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. »

Völkermord erfasst gemäss Botschaft des Bundesrats alle Handlungen, die nach der Konvention über die Verhütung und Bestrafung des Völkermordes vom 9. Dezember 1948⁶⁸² als Völkermord zu qualifizieren sind. Unter dem Begriff « Verbrechen gegen die Menschlichkeit » versteht man in Anlehnung an Abs. 5 des Statut des Internationalen Gerichts für das ehemalige Jugoslawien vom 25. März 1993 Mord, Ausrottung, Versklavung, Deportierung, Freiheitsentzug, Folter, Vergewaltigung, Verfolgung aus politischen, rassistischen und religiösen Gründen sowie andere unmenschliche Handlungen. Zudem müsse die Hand-

⁶⁸⁰ Vgl. dazu etwa auch das Feryn-Urteil des EuHG, dazu auch NAGUIB, Anstellungsdiskriminierung.

⁶⁸¹ Siehe hierzu hinten, a.a.O.

⁶⁸² SR 0.311.11. Die Schweiz hat die Völkermordkonvention am 07. September 2000 ratifiziert.

lungen in einem bewaffneten internationalen oder internen Konflikt und gegen Zivilpersonen vorgenommen worden sein⁶⁸³.

Unter Leugnen versteht das Bundesgericht mehr als ein reines « Behaupten bzw. Bestreiten wider besseren Wissens », auch wenn die Verbrechen weniger offenkundig oder allgemein bekannt sind als zum Beispiel der Holocaust an den Juden. In Bezug auf die inhaltliche Unrichtigkeit der behaupteten Äusserungen genüge somit der Eventualvorsatz, d.h. der Täter halte die Leugnung für möglich und nehme sie billigend in Kauf⁶⁸⁴. Gröblich Verharmlosen meint das Behaupten, dass das Leid der Betroffenen – der angerichtete Schaden, der bewirkte Nachteil oder die zugefügten Schädigungen – wesentlich geringer gewesen seien, als allgemein angenommen⁶⁸⁵. Mit *zu rechtfertigen suchen* wird das begangene Unrecht legitimiert, die begangene Gewalt akzeptiert oder zumindest als Möglichkeit nicht verworfen⁶⁸⁶.

Für die Strafbarkeit ist es keine Voraussetzung, dass sich die inkriminierte Handlung – d.h. das Leugnen, Verharmlosen oder Rechtfertigen von Genoziden oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit – an die vom Völkermord oder vom Verbrechen gegen die Menschlichkeit betroffenen Personen richtet, sondern sie können auch gegenüber Dritten geäussert werden⁶⁸⁷.

Bis anhin nicht abschliessend geklärt und kontrovers diskutiert wird, ob das *Leugnen, Verharmlosen* oder *Rechtfertigen suchen* aus einem rassendiskriminierenden Motiv realisiert werden muss. Das Bundesgericht geht davon aus, dass mit dem Zusatz « aus einem dieser Gründe » das Handeln aus rassistischen oder antisemitischen Beweggründen gemeint ist⁶⁸⁸. Es hat sich jedoch nicht ausdrücklich zur Frage geäussert, ob sich diese Passage im Wortlaut von Art. 261^{bis} Abs. 4 Teilsatz 2 StGB « nur » auf das Handlungsmotiv « wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion » bezieht und somit lediglich das Leugnen, das gröbliche Verharmlosen oder das Rechtfertigen aus rassendiskriminierenden Gründen zu erfolgen hat. Wäre dem so, dann würde daraus folgen, dass die Leugnung eines Völkermordes aus rein nationalistischem Eifer straflos bleiben müsste⁶⁸⁹. Dies wäre jedoch weder analytisch überzeugend noch würde es dem Sinn und Zweck des Gesetzes entsprechen⁶⁹⁰.

⁶⁸³ NIGGLI, Rassendiskriminierung.

⁶⁸⁴ Zannol.

⁶⁸⁵ Zannol.

⁶⁸⁶ Zannol.

⁶⁸⁷ Siehe EKR-Entscheid 1999-39 (BGE 126 IV 20, E. 1a und b).

⁶⁸⁸ Siehe EKR-Entscheid 2000-11 (Schweizerisches Bundesgericht vom 22.03.2000, 6S.719/1999, E. 2d/bb).

⁶⁸⁹ STRATENWERTH, 2000, N 37 zu § 39; NIGGLI, Rassendiskriminierung; EKR-Entscheid 2001-27.

⁶⁹⁰ Naguib/Zannol.

f. Leistungsverweigerung (Abs. 5)⁶⁹¹

Wer eine von ihm angebotene Leistung, die für die Allgemeinheit bestimmt ist, einer Person oder einer Gruppe von Personen wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion verweigert, macht sich strafbar (Abs. 5). Vom strafrechtlichen Verbot der rassendiskriminierenden Leistungsverweigerung erfasst ist sowohl die Verweigerung der Leistung als auch die Verweigerung des Abschlusses des Zielvertrages betreffend der zu erbringenden Leistung. Vorausgesetzt ist eine ausdrückliche oder stillschweigende Verweigerung des Vertragsabschlusses.

Erfasst sind sämtliche Waren- oder Dienstleistungsangebote, inklusive der Vermittlung solcher Leistungen und dem Angebot einer zweiseitigen Vertragsbeziehung⁶⁹².

Beispiele sind etwa Angebote des Gastgewerbes (z.B. Restaurants, Barbetriebe, Cafés, Hotels etc.), im Unterhaltungssektor (z.B. Kinos, Theater, Diskotheken, Parkanlagen, Schwimmbäder etc.), im Transportbereich (z.B. öffentliche Verkehrsmittel), im Bildungssektor (z.B. Ausstellungen, Museen, Bibliotheken, Schulen, Kindergärten, Spezialisierungs- und Weiterbildungsangebote wie etwa Sprachkurse etc.), in der Finanz- und Versicherungsbranche (z.B. Kredite, Motorhaftpflichtversicherung, Krankenzusatzversicherung etc.), sowie Angebote von Warenhäusern, Detailhandelsgeschäften, im Bereich des Wohnsektors (z.B. Mietwohnung, Wohneigentum), sowie in der Arbeitsvermittlung.

In der Literatur kontrovers diskutiert wird, was mit « für die Allgemeinheit bestimmte Leistung » gemeint ist⁶⁹³. Nach der einen Lehrmeinung fallen darunter Güter- und Dienstleistungen, die einem offenen Publikum angeboten werden und aufgrund eines Vertrages erlangt werden können, bei welchem Leistung und Gegenleistung standardisiert sind, und der nicht auf zeitliche Dauer angelegt ist, die Person des Vertragspartners somit in den Hintergrund tritt⁶⁹⁴. Andere Autoren halten diese Kriterien für unpraktikabel⁶⁹⁵ und

⁶⁹¹ Dieser Teil wurde übernommen von NAGUIB, Diskriminierungsschutz.

⁶⁹² SCHLEIMINGER, 2007, Art. 261^{bis} N 68 ; VEST, 2007, Art. 261^{bis} N 104 f. ; NAGUIB/ZANNOL; MÜLLER, 1994, S. 257 ; ROM, 1995 ; Botschaft, 1992, S. 314.

⁶⁹³ Das Tatbestandsmerkmal *für die Allgemeinheit bestimmte Leistung* hat im Verlaufe der parlamentarischen Debatte keine definitorische Präzisierung erfahren.

⁶⁹⁴ GUYAZ, L'incrimination de la discrimination raciale, Diss. Bern 1996 (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge Band 575), S. 286ff., 290 ; MÜLLER, Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, AJP 6/96, S. 659ff., 666 ; ROM, Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1995, S. 142 ; TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl., Zürich 1997, Art. 261^{bis} StGB, N 41.

⁶⁹⁵ Zur überzeugenden Kritik der Kriterien « Dauer, auf die vertragliche Beziehungen angelegt sind », « Standardisierung der Leistungen bzw. Der Anonymität der Leistungsempfänger », des « Angebotes an eine Personenmehrzahl bzw. Angebot einer Vielzahl von Leistungen » siehe eingehend NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1557ff.

menschenrechtswidrig, da Mietwohnungs- und Arbeitsstellenangebote davon nicht erfasst werden. Nach ihnen fällt vielmehr grundsätzlich jede Leistung darunter, die öffentlich angeboten wird und die nicht ausschliesslich erkennbar für eine spezifische Person oder Gruppe von Personen bestimmt ist⁶⁹⁶.

Mit dem Tatbestandsmerkmal « wegen ihrer Rasse, Ethnie oder Religion » ist in erster Linie die direkte Diskriminierung erfasst⁶⁹⁷. Im Sinne von Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB liegt eine direkte Diskriminierung vor, wenn der Leistungsverweigerer seine Handlung mittels Anknüpfung an die « Rasse », an die Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe oder an die Religion vornimmt und kein sachlicher Grund diese Anknüpfung rechtfertigt⁶⁹⁸. Eine rassistische Motivation ist nicht vorausgesetzt. Von der rassistischen Motivation zu unterscheiden ist die Erfüllung des subjektiven Tatbestandes, d.h. der Vorsatz beziehungsweise Eventualvorsatz. Demnach ist eine Handlung strafbar, wenn dem Täter bewusst ist, dass er eine Leistung einer Person oder Gruppe von Personen aufgrund ihrer « rassistischen », ethnischen oder religiösen Zugehörigkeit verweigert und das auch will bzw. es in Kauf nimmt⁶⁹⁹.

Eine zulässige Vertragsabschlussverweigerung besteht unbestritten dort, wo die zurückgewiesene Person wegen vergangenen Fehlverhaltens zurückgewiesen worden ist. Auf der anderen Seite liegt offensichtliche Unzulässigkeit bei gänzlich irrationalen Verhalten feindlicher Art vor. Davon erfasst ist die auf rassisti-

⁶⁹⁶ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1073ff. bezüglich des Kriteriums der Dauer, N 1087ff. bezüglich des Kriteriums der Standardisierung der Leistungen bzw. der Anonymität der Leistungsempfänger ; vgl. zudem SCHLEIMINGER, N 71ff. sowie TRECHSEL, N 41. Bereits die parlamentarische Debatte war von Unsicherheiten geprägt, ob Stellenangebote vom Tatbestand erfasst werden. Der Bundesrat wollte das Angebot einer Arbeitsstelle von der Strafnorm erfasst haben (BBl 1992 144 (III), S. 312). Demgegenüber sprachen sich die Parlamentarierinnen und Parlamentarier mehrheitlich dagegen aus (Beratungen des Nationalrats, Session vom 17. Dezember 1992, Geschäftsnummer 92.029, Rassendiskriminierung. Übereinkommen und Strafrechtsrevision, Amtl. Bull. des Nationalrats, 2650ff., S. 2663, 2665f. (NATIONALRAT, 1992) ; Beratungen des Ständerats, Sessionen vom 9. März, 14. Juni und 18. Juni 1993, Geschäftsnummer 92.029, Rassendiskriminierung. Übereinkommen und Strafrechtsrevision, Amtl. Bull. des Ständerats, 90ff., S. 98ff. (STÄNDERAT, 1993)) ; anders aber STÄNDERAT, 1993, S. 98, Carlo Schmid. Meines Erachtens ist im Lichte des menschenrechtlichen Diskriminierungsverbots eine Auslegung vorzuziehen, die auch Stellen- und Wohnungsangebote miterfasst. Von besonderer Bedeutung ist dabei das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD), welches die Vertragsstaaten dazu verpflichtet, im Geltungsbereich des Rechts auf Arbeit (Art. 5 lit. e [i]) und des Rechts auf Wohnung (Art. 5 lit. e [j]), Rassendiskriminierung in jeder Form zu verbieten (Art. 5), mit allen geeigneten Mitteln zu beseitigen (Art. 2 Ziff. 1, lit. d) und die Gleichstellung mittels Massnahmen in vollem Umfang zu gewährleisten (Art. 2 Ziff. 2) (Vertiefend dazu NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1554, 1557, 1559, 1565, 1569, 1582, 1592-1594, 1598-1601.).

⁶⁹⁷ Der Begriff der direkten Diskriminierung wird in Praxis und Literatur bis anhin vorwiegend im Rahmen seiner verfassungsrechtlichen und menschenrechtlichen Bedeutung verwendet ; vgl. dazu BGE 124 II 409ff., E. 6 ; BGE 129 I 392ff., E. 3.2.2 und BGE 129 I 217ff., E. 2.1 ; vgl. zudem unter vielen KÄLIN WALTER/CARONI MARTINA, Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in : Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung : verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte (ZSR-Beiheft 29), Basel/Genf/München 1999, S. 71ff.

⁶⁹⁸ Vgl. dazu auch NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1659.

⁶⁹⁹ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1699 ; SCHLEIMINGER, N 76, DONATSCH/WOHLERS, S. 218.

schen und religionsfeindlichen Stereotypen beruhende Leistungsverweigerung. Darunter fällt zum einen die einzig aus ideologisch-rassistischen Motiven realisierte Leistungsverweigerung. Dabei werden Menschen ausgeschlossen, weil sie aufgrund ihrer tatsächlichen oder zugeschriebenen Rasse, Ethnie oder Religion als minderwertig betrachtet werden. Zum anderen beinhaltet sie die auf einer naturalisierenden⁷⁰⁰ sozialen Konstruktion beruhende Leistungsverweigerung, auch ohne ideologisch-rassistischen Hintergrund. Diese gründet in einer auf Stereotypen basierenden, pauschalen Problematisierung Zugehöriger der entsprechenden Gruppe – z.B. « weil sie einfach mehrheitlich gewalttätiger sind »⁷⁰¹. Wobei der Diskriminierer sie dabei – im Gegensatz zum ideologisch-rassistisch motivierten Täter – nicht pauschal als minderwertig betrachtet, sondern er « lediglich » bestehende Stereotypen unreflektiert in seine Gedanken- und Gefühlswelt integriert, die sich in diskriminierenden Handlungen manifestieren⁷⁰².

Weniger eindeutig ist die Situation in denjenigen Fällen, wo die Anknüpfung an eines der drei sensiblen Persönlichkeitsmerkmale nicht auf rassistischen Motiven beziehungsweise rassendiskriminierenden Stereotypen basiert. Konkret geht es um die Frage, ob und ab wann eine Anknüpfung an eines der drei Persönlichkeitsmerkmale sachlich gerechtfertigt werden kann. Die typische Grundkonstellation ist die Leistungsverweigerung, die mit der Absicht verbunden ist, den möglichen Eintritt tatsächlicher, das Unternehmen mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit schädigende Risiken zu verhindern (wie z.B. die Beeinträchtigung des Ansehens eines Unternehmens, die negative Entwicklung der Geschäftskosten und – damit verbunden – Abgänge von Kunden und Kundinnen). Der Leistungsverweigerer stützt sich bei der Einschätzung des Risikos auf eigene Erfahrungswerte. Konkretes Beispiel ist die Verweigerung des Einlasses in eine Disco mit der Begründung, Konflikte und Gewalt verhindern zu wollen⁷⁰³.

Die Meinungen hinsichtlich der Qualifikation des sachlichen (beziehungsweise nicht rassendiskriminierenden) Grundes sind kontrovers⁷⁰⁴. Nach Teilen der Literatur sollen auch nur einigermaßen glaubwürdi-

⁷⁰⁰ Zum Begriff vgl. BAER, Hierarchisierung, S. 441.

⁷⁰¹ Beratungspraxis.

⁷⁰² Dieser Typus lässt sich in der BERATUNGSPRAXIS häufig beobachten. Beispielsweise findet man in Diskussionen mit Sicherheitsleuten die Argumentation in der Art wie: « Die können das halt vielfach nicht besser, haben ein schlechteres Elternhaus. Ich bin nicht Rassist, habe auch sehr gute Kumpels von dort, aber meine Aufgabe ist es, für Ruhe und Ordnung zu sorgen, Punkt. »

⁷⁰³ Vgl. dazu WIDMER, Geschäftsleiter des Sicherheitsunternehmens Broncos Security GmbH, Die Gratwanderung eines Türstehers, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (Hrsg.), Tangram 18, Öffentlicher Raum, Bern 2006, S. 99: « (...) aufgrund der Erfahrungen ist es eben so, dass Herkunft, Ethnie und Religion auch einen grossen Einfluss auf die Verhaltensmuster dieser Menschen haben. So ist zum Beispiel der Umgang mit weiblichen Gästen je nach Herkunft des 'Verehrers' sehr gewöhnungsbedürftig. Die Damen fühlen sich unter Umständen nicht mehr wohl, bleiben der Location fern und somit ist diese sehr rasch nicht mehr 'in'. (...) Es ist für einen Türsteher unmöglich, auf Anhieb die 'Guten' von den 'Bösen' einer Menschengruppe zu unterscheiden, deshalb ist es nahe liegend, dass er sich im Zweifelsfall gegen eine ganze Gruppe entscheidet. »

⁷⁰⁴ Eine Übersicht dazu findet sich bei NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1659ff.

ge Erfahrungen ausreichen⁷⁰⁵, wenn etwa Konfrontationen verhindert werden sollen, um die Strafbarkeit zu verneinen⁷⁰⁶. Ähnlich sehen dies die zuständigen Strafverfolgungsbehörden in Fällen aus den Kantonen Graubünden⁷⁰⁷, Solothurn⁷⁰⁸ und Luzern⁷⁰⁹. Demgegenüber erachtet dies eine Minderheit in der Lehre richtigerweise als nicht zutreffend⁷¹⁰. Nach NIGGLI könnten nur tatsächliche Schwierigkeiten (wie kriminelles oder unsittliches Verhalten) mit der entsprechenden Person eine Leistungsverweigerung rechtfertigen. Dem ist zuzustimmen: Es reicht m.E. nicht aus, allgemeine schlechte Erfahrungen mit irgendwelchen Angehörigen der fraglichen ethnischen, rassistischen oder religiösen Gruppe als Rechtfertigungsgrund heranzuziehen, um alle Besucher mit entsprechenden Merkmalen in « Sippenhaft » zu nehmen. Andernfalls – so auch NIGGLI – wäre jede Diskriminierung, auch Apartheid legitimierbar⁷¹¹.

Eine besondere Konstellation liegt vor, wenn die rassendiskriminierende Einstellung von der Kundenschaft aus kommt, sie sich bereits manifestiert – z.B. wenn gegenüber dem Unternehmen gehässige Reaktionen erfolgen oder Kundenbeziehungen aufgelöst werden –, wodurch das Unternehmen tangiert und im Extremfall gar in seiner Existenz bedroht ist⁷¹². Die Unternehmerin wird zwecks Vermeidung von betriebswirtschaftlichen Schäden « gezwungen », Personen wegen ihrer « Rasse », Ethnie oder Religion den Vertragsabschluss zu verweigern. Dabei handelt es sich weder um ein auf rassistischen Stereotypen beruhendes Verhalten noch um eine Form der rassendiskriminierenden « Sippenhaftung ». Besteht das kon-

⁷⁰⁵ STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen, 5. Auflage, Bern 2000, § 39 N 40.

⁷⁰⁶ CORBOZ, Les infractions en droit suisse, 2. Auflage, Bern 2002: Art. 261^{bis} N 36 ; VEST, N 114 ; einschränkend DONATSCH/WOHLERS, S. 219.

⁷⁰⁷ EKR-URTEIL 2004-23, Zwei dunkelhäutigen Männern wird der Zutritt in eine Disco verweigert : « Wenn der Angeschuldigte angesichts seiner Erfahrungstatsache mit dunkelhäutigen Drogenhändlern sowie aufgrund des 'komischen Verhaltens' und der unpassenden Kleidung der beiden Geschädigten diesen Eintritt in den Club verweigert, habe er sich keiner rassistischen Leistungsverweigerung (...) strafbar gemacht. »

⁷⁰⁸ EKR-URTEIL 2004-17, Einlassverweigerung in ein Lokal : « Namentlich sachlich gerechtfertigte Gründe, wie bisheriges ungebührliches Verhalten anlässlich von Zusammenkünften oder Auseinandersetzungen zwischen Angehörigen einer bestimmten Nationalität, können das Eintrittsrecht beschränken. »

⁷⁰⁹ EKR-URTEIL 2001-21, Keinen Alkoholausschank an Schwarze : Die strafrechtliche Relevanz wurde verneint, weil im vorliegenden Fall aufgrund der im Vorfeld gemachten negativen Erfahrungen mit Personen schwarzer Hautfarbe ein sachlicher Grund für die Leistungsverweigerung (Verweigerung des Alkoholausschankes) vorgelegen habe.

⁷¹⁰ Im Ergebnis gleich, jedoch ohne die Frage anzusprechen, EKR-URTEIL 1999-46, Wegweisung von Personen schwarzer Hautfarbe aus Restaurant.

⁷¹¹ NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 1662.

⁷¹² Vgl. dazu z.B. den Sachverhalt in EuGH, Urteil vom 10. Juli 2008, Rechtssache C/54/07 Firma *Feryn NV*, besprochen von NAGUIB, Anstellungsdiskriminierung, S. 1241f.

krete Risiko, dass es zu erheblichen – nicht mit zumutbaren Massnahmen zu verhindernden – Umsatzeinbussen kommt, ist die Anknüpfung sachlich begründet und somit nicht strafbar⁷¹³.

3.7 Wirkung und Wirksamkeit der Strafnorm

a. Statistik (der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus)⁷¹⁴

Die folgenden statistischen Daten stammen von der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR: Die EKR hat Kenntnis von 438 Anzeigen (Fällen), die zwischen 1995 und 2007 bei den zuständigen Behörden eingegangen sind. Die Untersuchungsbehörden haben in knapp der Hälfte dieser Anzeigen das Strafverfahren nach einer summarischen Überprüfung des Sachverhaltes nicht eröffnet bzw. eingestellt oder sind auf die Strafanzeigen gar nicht erst eingetreten.

Entschiedene Fälle	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	Tot.	%
Formelle Entscheide ⁷¹⁵	3	10	7	18	17	20	14	13	16	18	15	22	37	210	48
Materielle Urteile	1	5	14	16	19	20	19	14	13	18	18	33	38	228	52
Total	4	15	21	34	36	40	33	27	29	36	33	55	75	438	100

Bei der anderen Hälfte wurde materiell-rechtlich auf die Anzeigen eingegangen. Die Fälle endeten mit einem materiellen Urteil. In total 42 Fällen (knapp 20% der Urteile) sprachen die gerichtlichen Behörden die angeschuldigten Personen vom Vorwurf der Rassendiskriminierung frei, 186 Fälle (gut 80% der Urteile) führten zu einer Verurteilung der Angeschuldigten.

Materielle Urteile	95	96	97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	Tot.	%

⁷¹³ Vgl. dazu NAGUIB, Anstellungsdiskriminierung, S. 1243.

⁷¹⁴ Die folgenden Informationen wurden mit ausdrücklicher Genehmigung der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR abgedruckt.

⁷¹⁵ Nichtanhandnahme, Nichteintreten, Einstellung.

Freisprüche	0	1	3	4	3	2	3	3	3	3	4	8	5	42	18.4
Schuldsprüche ⁷¹⁶	1	4	11	12	16	18	16	11	10	15	14	25	33	186	81.6
Total	1	5	14	16	19	20	19	14	13	18	18	33	38	228	100

Die statistischen Angaben zu den Täter_innengruppen sind aufgrund methodischer Änderungen in der Erfassung nach dem Jahre 2006 nicht aussagekräftig⁷¹⁷. Als Täter_innengruppen erfasst sind Angestellte im öffentlichen Dienst, politische Akteure, Medienschaffende/Verleger, kollektive Akteure, Akteure im Dienstleistungssektor, Privatpersonen, Rechtsextreme und Jugendliche. Deutlich am meisten als Täter_innen genannt werden Privatpersonen. Zu einem sehr grossen Teil ist die (mutmassliche) Täterschaft zudem unbekannt.

Ebenso problematisch in der Aussagekraft sind die Angaben zu den Opfergruppen⁷¹⁸. Laut EKR könne aus der Übersicht entnommen werden, dass die Gruppe der Angehörigen der jüdischen Religionsgemeinschaft am häufigsten betroffen ist. Zudem seien die Gruppen der Ausländer im Allgemeinen und Schwarzen oft betroffen. Weitere Opfergruppen sind Musliminnen und Muslime, Angehörige anderer Religionsgemeinschaften (als das Judentum und der Islam), Fahrende, Asyl Suchende, Mehrheitsangehörige / Weisse und weitere Personengruppen. Zudem gibt es zu einem sehr grossen Anteil keine Angaben zu den Opfergruppen.

b. Wirkung und Wirksamkeit von 261^{bis} StGB

Bis anhin liegen keine rechtssoziologisch ermittelte und evaluierte Daten über die Quote zu Befolgung, Mobilisierung, Sanktionierung und Vollzug der Strafnorm vor. Dies wäre angesichts der Wichtigkeit des Erlasses eine nachzuholende Aufgabe. Doch lassen sich auf der Grundlage einer intensiven und kontroversen Debatte seit In-Kraft-Treten der Strafnorm gewisse punktuelle Aussagen über Wirkung und Wirksamkeit von 261^{bis} StGB machen. So zeigt sich, dass aufgrund der beachtlichen Medienresonanz einerseits eine Diskussion ausgelöst wurde, welche es erlaubt die These aufzustellen, dass eine gewisse Sensi-

⁷¹⁶ Verurteilungen, Strafbefehle.

⁷¹⁷ Zur Statistik siehe <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00172/00178/index.html?lang=de> (Zugriff: 22. Dezember 2010).

⁷¹⁸ Zur Statistik siehe <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/00172/00179/index.html?lang=de> (Zugriff: 22. Dezember 2010).

bilisierung stattgefunden hat, die auf allen vier Ebenen (Befolgung, Mobilisierung, Sanktionierung und Vollzug) einen erheblichen mobilisierenden Einfluss ausgeübt hat.

In Wissenschaft und Politik wird nur vereinzelt bestritten, dass sich das strafrechtliche Verbot zur Rassendiskriminierung bewährt hat⁷¹⁹. Gemäss einer Evaluation der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR hätten sich die von rassistischer Diskriminierung Betroffenen gegen rassistische Herabsetzung und Diffamierung zur Wehr setzen können und die schwerwiegendsten Formen des öffentlichen Rassismus (wie z.B. Revisionismus und systematisch Hetze) würden weit weniger beobachtet. Zudem sei die Norm ein zentraler symbolischer – und auch pädagogischer – Akt, der zwingender Bestandteil eines demokratischen Rechtsstaates ist.

Dennoch bestünden – gemäss Einschätzung der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus – gewisse grundsätzliche punktuelle Schwächen, die den Geltungsbereich des Diskriminierungsverbotes, die Rechtsfolgen und die Durchsetzung der Strafnorm betreffen. So sei der Fokus der öffentlichen Debatte zu stark auf die Strafnorm gerichtet. Dies führe zu Enttäuschungen bei den Diskriminierungsbetroffenen. Auch werde dadurch die rassistische Diskriminierung in die Ecke des amoralischen und bösen Ausnahmefalls gestellt. So überrasche es gemäss EKR nicht, dass sich die politische Debatte « vorwiegend an der parteipolitischen Grenzlinie links/rechts und liberal/konservativ orientiert ». Dabei gehe der Blick für anderweitige, weniger belastete und differenzierte rechtliche Konfliktbewältigungsstrategien verloren. Auch, so die EKR weiter in ihrer Kritik, würde die Norm von den zuständigen Strafbehörden teilweise falsch interpretiert und sei lückenhaft.

Auf der *Ebene der Rechtsfolgen* bestünden gemäss EKR aufgrund der einseitigen Fokussierung des schweizerischen Gesetzgebers in der Rassismusbekämpfung auf das Strafrecht zwei grundsätzliche Schwächen: Zum einen werde das « Antirassismusrecht » in eine moralische Ecke gedrängt und damit zugleich die Chance verpasst, dass es sich als selbstverständlicher Teil einer liberalen, demokratischen und sozialstaatlichen Rechtsordnung emanzipieren könne (wie z.B. in den Bereichen der Frauengleichstellung und der Gleichstellung von Menschen mit Behinderung). Zum anderen würden durch diese eingeeengte Perspektive auf das Strafrecht vorwiegend schwerwiegende und öffentliche Formen rassistischer Diskriminierungen sanktioniert, wobei gleichzeitig die subtilen oder weniger öffentlich sichtbaren rassistischen Diskriminierung (z.B. in der Arbeitswelt, im Freizeitbereich, an Schulen etc.) vergessen gehen. Ein weiterer Kritikpunkt sei zudem die fehlende Parteistellung bzw. Mitwirkungsrechte von (Interessen-)Organisationen bei Angriffen auf ganze Gruppen.

⁷¹⁹ Siehe hierzu etwa: <http://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/00169/index.html?lang=de> (Zugriff: 16. November 2010).

Auf der *Ebene der Durchsetzung (insb. der Sanktionierung)* zeige sich neben vereinzelt vorkommenden deutlichen Fehlentscheidungen zu Ungunsten der Betroffenen teilweise relativ grosse Widerstände in der Bereitschaft der Strafbehörden, überhaupt ein Strafverfahren an die Hand zu nehmen. Hinzu komme, dass die Verfahren bisweilen über mehrere Jahre – in der Regel über mehrere Monate – dauern können. Oft seien Betroffene nicht bereit, sich dieser langen Prozedur zu stellen (Problem der mangelhaften Inanspruchnahme des Rechts). Dies führe dazu, dass einzelne Verfahren – trotz Pflicht zur Untersuchung von Amtes wegen (Offizialdelikt) – gar nicht untersucht oder die Untersuchung eingestellt werden. In diesem Zusammenhang erwähnen sowohl Niggli als auch die EKR, dass es dringend notwendig sei, Organisationen, die sich für die Anliegen der von Rassismus betroffenen Gruppen einsetzen, Parteirechte zuzugestehen.

Im kritischen Bericht der EKR von 2010 wird das folgende Beispiel angeführt, das die Problematik der Durchsetzung der Strafnorm im Bereich der vertraglichen Leistungen (betreffend den Abs. 5) illustriert⁷²⁰: « Ein Strafverfahren betreffend die Verweigerung des Einlasses zweier junger Kosovo-Albaner in die Disco dauerte über vier Jahre lang. Der Sachverhalt ist eindeutig, die rassistische Diskriminierung wurde vom Fernsehen dokumentiert. Trotzdem will die Polizei anfänglich die Anzeige nicht aufnehmen. Die Anzeigersteller werden mehrfach von der sachbearbeitenden Person abgewiesen. Zuletzt versucht der Dienstchef die betroffenen jungen Männer zu überreden, von der Anzeige Abstand zu nehmen, da dies mühsam sei und man ja gegen solches Handeln nichts machen können, ‚zuden kostet das wertvolle Zeit für Wichtigeres‘. Insgesamt werden drei Gespräche und zwei Telefonate geführt, einzig um die Polizei zu überzeugen, die Anzeige überhaupt aufzunehmen. Danach kommt es zur Einstellung des Verfahrens. Die angeklagte Person wird frei gesprochen. Zwar reicht der Betroffene daraufhin Rechtsmittel an das kantonale Obergericht ein. Trotz intakter Chancen auf Erfolg zieht er dieses schliesslich im Juni 2009 wegen Prozessmüdigkeit und fehlenden finanziellen Mitteln⁷²¹ wieder zurück ».

Insgesamt war und ist die Strafnorm ein Stein des Anstosses und wird trotz beachtlicher sensibilisierender und symbolischer Wirkung und Wirksamkeit in gewissen Bereichen vielfach auch als problematisch und befremdlich eingestuft, auch von denjenigen, die antirassistische Massnahmen befürworten. Die politischen Argumente der Gegner_innen der Strafnorm lauten: der Strafnorm fehle es an Bestimmtheit, dies führe zu Unsicherheiten vor Gerichten, sie biete Hand zu politischen Spielereien, verletze die Meinungsäusserungsfreiheit, stelle einen Begriff in die Privatsphäre des Einzelnen dar, könne Rassismus nicht verhindern und sei eine politische Norm⁷²². Diesen Argumenten treten jedoch beide bisher publizierten grossen Studien entgegen: Insgesamt betrachtet sei die Strafnorm gut aufgestellt und entfalte mit entspre-

⁷²⁰ EKR-Bericht, S. 48.

⁷²¹ Insbesondere fühlte er sich nicht mehr in der Lage, die auflaufenden Kosten für die anwaltschaftliche Vertretung zu begleichen.

⁷²² Zur Darstellung der Argumente siehe NIGGLI, Rassendiskriminierung, N 91ff.

chenden Abstrichen eine gute Wirksamkeit im Rahmen der Möglichkeiten des Strafrechts. Sowohl Niggli als auch die EKR stellen zudem in ihren Studien fest, dass sich die zentralen Kritikpunkte, die in der politischen Diskussion seit Inkrafttreten der Strafnorm eingebracht wurden, nicht bestätigt hätten.

4. Gleichstellungsgesetz

4.1 Bedeutung im Rahmen der vorliegenden Expertise

Das Gleichstellungsgesetz für Frau und Mann hat auf den ersten Blick keinen unmittelbaren Bezug zur Problematik der ethnisch-kulturellen Diskriminierung. Weitet man den Fokus jedoch auf die Thematik der mehrdimensionalen Diskriminierung aus, insbesondere diejenige der geschlechterspezifischen Diskriminierung von Ausländerinnen und Ausländern, so ist das Recht gegen sexistische Diskriminierung auch für den Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung von Bedeutung. In der soziologischen und rechtswissenschaftlichen Literatur ist es denn auch mittlerweile unbestritten, dass ethnisch-kulturelle Diskriminierung auch eine spezifische Geschlechterkomponente hat⁷²³. Beispiele dafür sind:

Frauen ausländischer Herkunft oder dunkler Hautfarbe, die jeweils ganz spezifischen Formen der sexistisch-rassistischen Diskriminierung im Arbeitsverhältnis ausgesetzt sind⁷²⁴. So wurde etwa in einem Fall der EKR eine dunkelhäutige Raumpflegerin nach einem Wechsel ihres Vorgesetzten einem rassistisch-sexistischen Mobbing ausgesetzt. Sie sei faul – « typisch Negerin » – und komme täglich 15 Minuten zu spät. Richtig war, dass die junge Frau mit ihrem früheren Vorgesetzten vereinbarte, dass sie jeweils etwas später zur Arbeit kommen dürfe, weil sie noch ihr Kind in die Tageskrippe fahren muss⁷²⁵.

Ein weiterer beispielhafter Problemtypus ist der Rassismus in der Ehe. Abhängigkeiten unter Eheleuten werden ausgenutzt, etwa kann es zu rassistisch gefärbten Formen der Ausbeutung und Demütigung kommen. Die häusliche Gewalt stellt dabei eine besondere Form von Entwürdigung und Verletzung dar, die auch eine sexistisch-rassistische Komponente aufweisen kann⁷²⁶.

Ein weiteres Beispiel einer ethnisch-kulturellen Diskriminierung mit sexistischer – und auch ageistischer – Komponente ist die Diskriminierung von jungen Männern aus Südosteuropa bei der Lehrstellensuche.

Auch stellte der ILO-Ausschuss fest, « dass sich die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vielfach nicht auf eine Diskriminierung aus einem einzigen Grund beschränkt. Beispielsweise tritt die geschlechts-

⁷²³ BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung.

⁷²⁴ BAER/BITTNER/GÖTTSCHE, Mehrdimensionale Diskriminierung.

⁷²⁵ NAGUIB, Mehrfachdiskriminierung.

⁷²⁶ Vgl. hierz etwa auch FRB-Ratgeber, S. 92.

bedingte Diskriminierung gleichzeitig mit anderen Formen der Diskriminierung oder Ungleichheit aufgrund von Rasse, nationaler Abstammung oder Religion (...) auf »⁷²⁷.

In derartigen typischen Konstellationen der mehrdimensionalen Diskriminierung ist es sinnvoll, auch das Recht gegen Geschlechterdiskriminierung zu konsultieren. Dadurch wird einerseits der Sachverhalt rechtlich präziser dargestellt und damit auch die Betroffenen in ihren Schwierigkeiten ernst genommen. Andererseits ist die Ausweitung des Blickfeldes von enorm rechtspraktischer Bedeutung, insbesondere solange das Recht gegen ethnisch-kulturelle Diskriminierung weniger weit geht als der Schutz vor Geschlechterdiskriminierung⁷²⁸. Denn nur wenn die Geschlechterkomponente einer rassistischen Diskriminierung erkannt wird, kann auch wirksam mit dem Gleichstellungsgesetz dagegen vorgegangen werden.

4.2 Rechtslage⁷²⁹

Das seit dem 1. Juli 1995 in Kraft stehende Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GlG) bezweckt die Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann. Es beinhaltet ein Verbot der direkten und indirekten Diskriminierung im privatrechtlichen und im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis in Bund, Kantonen und Gemeinden (Art. 3 Abs. 1 GlG). Das Verbot gilt für das gesamte Arbeitsverhältnis, namentlich für die Bereiche Anstellung, Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung (Art. 3 Abs. 2 GlG). Zulässig sind angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung wie z.B. die Vergabe von Stellen die gleich qualifizierte Frau. Unter Diskriminierung fällt auch jedes belästigende Verhalten sexueller Natur oder ein anderes Verhalten auf Grund der Geschlechterzugehörigkeit, das die Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz beeinträchtigt (Art. 4 GlG).

Wer von einer Diskriminierung betroffen ist, kann bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen beim Gericht oder bei öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnissen bei der Verwaltungsbehörde beantragen, eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen (Unterlassungsanspruch) und die Zahlung des geschuldeten Lohns anzuordnen. Ebenso ist es möglich, eine Diskriminierung festzustellen, wenn diese sich weiterhin stören auswirkt (Feststellungsanspruch). Bei einer Anstellungs- oder Kündigungsdiskrimi-

⁷²⁷ Bericht des Sachverständigenausschusses für die Durchführung der Übereinkommen und Empfehlungen, S. 98. Tagung 2009, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meeting-document/wcms_104121.pdf, S. 28 (Zugriff: 22. Dezember 2010).

⁷²⁸ Zur rechtspraktischen Bedeutung der Hierarchisierung des Rechts siehe weiter hinten, a.a.O.; und NAGUIB, Mehrdimensionale Diskriminierung.

⁷²⁹ Die folgenden Textteile lehnen sich mehrheitlich an eine zusammenfassende Darstellung des Gleichstellungsgesetzes auf der Homepage von humanrights.ch (Autor: Tarek Naguib), auffindbar unter: http://www.humanrights.ch/home/de/Themendossiers/Diskriminierungsverbot/Rechtslage_CH/Frau-Mann/idcatart_7679-content.html (Zugriff: 24. März 2011).

nierung besteht ein Anspruch auf eine Entschädigung, jedoch kein Kontrahierungs- bzw. Wiedereinstellungszwang. Wer sich gegen Diskriminierung zur Wehr setzt, untersteht dem Kündigungsschutz (Art. 10 GIG). Bei der Anstellungsdiskriminierung darf die Entschädigung drei Monatslöhne nicht überschreiten (Art. 5 Abs. 4 GIG), bei der Kündigungsdiskriminierung nicht 6 Monate. Bei einer Nichtberücksichtigung kann eine schriftliche Begründung verlangt werden (Art. 8 Abs. 1 GIG). Bei einer sexuellen Belästigung besteht auch ein Anspruch auf Entschädigung.

Das Gleichstellungsgesetz beinhaltet zur vereinfachten Durchsetzung der Ansprüche:

- eine Beweislast erleichterung, wobei die Anstellungsdiskriminierung und die sexuelle Belästigung davon ausgenommen wird;
- ein Verbandsklagerecht/-beschwerderecht, sofern sich der Ausgang des Verfahrens auf eine grössere Zahl von Arbeitsverhältnissen auswirken wird;
- schliesslich kantonale Schlichtungsstellen. Sie sind in jedem Kanton unterschiedlich ausgestaltet und haben die Aufgabe, die Parteien zu beraten und zu versuchen, eine Einigung zwischen diesen herbeizuführen. Die Parteien sind frei, die Stelle anzurufen, oder sich direkt ans Gericht zu wenden. Das Verfahren vor Schlichtungsbehörde ist unentgeltlich.

4.3 Wirkung und Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes⁷³⁰

a. Statistik

Von Inkrafttreten 1996 bis Frühjahr 2004 kam es zu insgesamt 245 Urteilen und 21 Abschreibungen. Die Gerichtsentscheide konnten 176 Fällen, welche teilweise über mehrere Instanzen gingen, zugeordnet werden. Ein Drittel der Fälle stammte aus dem Kanton Zürich. In sechs Kantonen (AL, AR, GL, NW, SH, UR) gab es keine Gleichstellungsurteile, 54% betrafen öffentlich-rechtliche und 46% privatrechtliche Arbeitsverhältnisse. Bei 32 Gerichtsentscheiden ging es um Verbandsklagen, bei 57% der Fälle um die Lohngleichheitsproblematik, bei 21% um die sexuelle Belästigung und bei 19% um die diskriminierende Kündigung.

Im gleichen Zeitraum liegen 355 Schlichtungsverfahren vor. In den Kantonen BS und TI nahmen die Fallzahlen ab, die Kantone BE und ZH hingegen legten stark zu. 37% der Fälle betreffen die Lohndiskriminierung, 26% die sexuelle Belästigung, 17% die diskriminierende Kündigung. In 40% der Schlich-

⁷³⁰ Vgl. hier der Bericht des Bundesrats, der Synthesebericht und die Teilberichte zur Evaluation der Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes, auffindbar unter:
http://www.bj.admin.ch/bj/de/home/themen/staat_und_buerger/gleichstellung.html (Zugriff: 24. März 2011).

tungsverfahren konnte eine Einigung erzielt werden. 54% der Fälle, in denen eine Einigung erzielt werden konnte, wurden vor Gericht gebracht.

b. Wirkung und Wirksamkeit der Instrumente im Gleichstellungsgesetz

Das Gleichstellungsgesetz führte insgesamt zu einer beachtlichen Erhöhung der Sensibilität in der Bevölkerung. Diskriminierung der Frau wird mehrheitlich als Realität erkannt und deren Bekämpfung im Grundsatz als Notwendigkeit befürwortet. Zwar bestehen auch nach 15 Jahren Gleichstellungsgesetz beachtliche Diskriminierungen: problematisch sind insbesondere die noch starken Lohndifferenzen und die Untervertretung der Frauen im Kaderbereich und in historisch typisch männlichen Berufen. Auch werden klassische Rollenmuster in Familie und Beruf weiterhin fortgeführt, kombiniert mit der stark defizitären institutionellen Unterstützung zur Vereinbarung von Beruf und Familie führt dies auch bei modernen Partnerschaften oft nicht zur gewünschten Gleichstellung.

Konkret lassen sich etwa folgende Aussagen aus der Wirksamkeitsanalyse des Bundesrates entnehmen:

- Die Inhaltsanalyse der ausgewählten kantonalen Gerichtsfälle hat gezeigt, dass die Untersuchungsmaxime kaum zur Geltung gelangt. Die Beweislast erleichterung wird zudem von der Mehrheit der Vertreter_innen von Arbeitnehmerorganisationen als nützlich betrachtet; sie halten jedoch kritisch fest, dass der Nachweis von Diskriminierung trotzdem fast unmöglich sei. Die Gerichte haben selten eine Trennung zwischen der von der betroffenen Person zu leistenden Glaubhaftmachung der Diskriminierung und dem vom Arbeitgebenden zu erbringenden Entlastungs- und bzw. Rechtfertigungsbeweis vorgenommen. Insgesamt herrscht grosse Unklarheit betreffend den Umgang mit der Beweislast erleichterung.
- Vom Verbandsklagerecht wurde nur zurückhaltend Gebrauch gemacht. Der Anteil der Verbandsklagen beträgt 32 von insgesamt 269 Fällen. 29 davon betreffen den öffentlich-rechtlichen Bereich. Mit vier Ausnahmen ging es bei allen Entscheidungen um die Lohngleichheit. Sie gingen seltener als Individualklagen positiv aus. Dies ist vermutlich auf die Komplexität von Lohngleichheitsverfahren mit Breitenwirkung zurückzuführen.
- Das Verbot der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ist die am besten bekannte Bestimmung im Gleichstellungsgesetz. Der Tatbestand hat sich hinter der Lohngleichheit als zweithäufigster Diskriminierungstatbestand erwiesen. Von allen Seiten der Vertreter_innen von Arbeitnehmerorganisationen wird das Fehlen der Beweislast erleichterung als Problem erachtet, auch wenn sich dies statistisch nicht festlegen lässt. Ein Angehen gegen sexuelle Belästigung bedeutet in der Regel den Verlust des Arbeitsplatzes; eine Weiterbeschäftigung erfolgt nur in Ausnahmefällen

und wird häufig von den Betroffenen nicht gewünscht. Weiter wird deutlich, dass oft ernsthafte gesundheitliche Beeinträchtigungen auftreten.

- Diskriminierende Kündigungen werden oft nicht als solche erkannt. Die Angst vor Kündigung ist aus Sicht von Vertretern von Arbeitnehmerorganisationen und Schlichtungsstellen einer der wichtigsten Gründe, welcher ein Vorgehen gegen Diskriminierung verhindert. Für öffentlich-rechtliche Angestellte ist es bedeutend einfacher, gegen Diskriminierung anzugehen, ohne den Arbeitsplatz zu verlieren. Viele Arbeitnehmer_innen gehen erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses gerichtlich vor.
- Die durchschnittliche Lohndifferenz hat sich in den letzten Jahren kaum verändert (25,9% im Jahre 1996 gegenüber 25,1% im Jahre 2002). Rund 60% der Lohnunterschiede kann durch objektive Faktoren geklärt werden, diese sind: jüngeres Alter, tieferes Dienstalter, weniger ausgebildet, Arbeiten in Niedriglohnbranchen, Untervertretung in höheren Positionen und anspruchsvollen Stellen. Rund 40% des Lohnunterschieds kann nicht durch solche objektiven – teilweise auch strukturell diskriminierenden – Faktoren erklärt werden und ist als Lohndiskriminierung zu werten. Frauen werden weiterhin gleich wie im Jahre 1998 diskriminiert, die geringfügige Verringerung der Lohngleichheit gründen somit insbesondere in der Verringerung der Qualifikationsunterschiede.

Keine Daten gibt es zur Wirksamkeit des Gleichstellungsgesetzes betreffend die Gleichstellung von Ausländerinnen im Arbeitsmarkt. Hingegen lässt sich hier die These aufstellen, dass das Gleichstellungsgesetz ein Weisses Gesetz ist, das vorwiegend die am wenigsten unterprivilegierte Frau (d.h. die Weiße Frau) in ihren Gleichstellungsbedürfnissen unterstützt, demgegenüber die Schwarze Frau (d.h. die sichtbare Migrantin) jedoch zumindest in der Rechtswirklichkeit nicht oder nur sehr schlecht erreicht. Besonders unterprivilegierte Ausländerinnen können das Gleichstellungsgesetz kaum für sich nutzen, sei es,

- weil strukturelle Bildungsdefizite bzw. Ungleichheiten im Zugang zu sozialen, kulturellen und strukturellen Ressourcen hier noch stärker mobilisierungshemmend wirken,
- weil die Hürden der Inanspruchnahme des Rechts besonders hoch sind (z.B. Komplexität, mangelnde Information, Kostenrisiko),
- weil bei den Umsetzungsbemühungen die Prioritäten dort gesetzt werden, wo am einfachsten Erfolge erzielt werden können (konkret also bei den am wenigsten unterprivilegierten Frauen), oder
- weil Diskriminierungen derart schwerwiegend und komplex sind (Mehrdimensionalität), dass gesetzliche Instrumente wenig dagegen ausrichten können.

5. Behindertengleichstellungsgesetz

5.1 Bedeutung im Rahmen der vorliegenden Expertise

Ebenso wie das Gleichstellungsgesetz für Frau und Mann gilt das behindertengleichstellungsrechtliche Diskriminierungs- und Benachteiligungsverbot ausschliesslich für den Bereich der Behindertendiskriminierung und hat keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der Problematik der ethnisch-kulturellen Diskriminierung. Dennoch kann auch das Behindertengleichstellungsrecht für die Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung von Bedeutung sein, etwa dann, wenn eine ethnisch-kulturelle Diskriminierung zugleich eine Behindertendiskriminierung darstellt bzw. mit einer solchen auf intersektionelle Art und Weise verwoben ist. Auch in der rechtswissenschaftlichen und in der soziologischen Literatur wird vermehrt vertreten, dass ethnisch-kulturelle Diskriminierung eine spezifische Behindertenkomponente aufweisen kann⁷³¹.

Beispiele:

Ein sehbehinderter Mann aus der Bevölkerungsgruppe der Roma möchte mit seinem Blindenführhund den Nachtclub « The Glimmer Man » besuchen. Der Zutritt wird ihm mit der Begründung verwehrt, Tiere seien im Klub nicht erlaubt. Als der Mann insistiert, Einlass zu erhalten, wird ihm mitgeteilt, dass ab 23 Uhr nur noch Frauen zugelassen würden, weil es davon im Etablissement immer zu wenige habe. Im Gespräch mit einer Beratungsstelle hat der Mann den Eindruck, dass auch seine ethnische Herkunft eine Rolle spielte. Letztlich bleibt die Motivlage der Diskriminierung unklar. Da mehrdimensionale ethnisch-kulturelle Diskriminierung (u.a. wegen einer Behinderung) nicht ausgeschlossen werden kann, ist es aus (antidiskriminierungs- und integrations-)rechtlicher Perspektive ratsam, die entsprechenden behindertengleichstellungsrechtlichen Grundlagen zu berücksichtigen⁷³².

Mehrdimensionale Diskriminierung erweist sich etwa im Bereich sozialstaatlicher Leistungen. Gerade im öffentlichen Diskurs gilt der ethnisch-kulturelle Hintergrund als Indiz für den « Missbrauch des Sozialstaates ». Dies birgt eine besondere Gefahr der stereotypen und essentialisierenden Vorgehensweise im Rahmen von IV-Leistungen und Leistungen der Sozialhilfe. Migrant_innen spezifischer Herkunft mit Behinderung sind unter Umständen strengeren Anforderungen unterstellt.

Die Problematik kann sich auch in der Schule zeigen, wenn etwa Migrantenkinder spezifischer Herkunft mit einer Lernbehinderung oder anderen Behinderungen Diskriminierungen bei der Einschulung, bei der Förderung, bei der Bewertung und bei Schulübertritten ausgesetzt sind.

⁷³¹ Vgl. hier auch NAGUIB, Mehrdimensionale Diskriminierung.

⁷³² Zum Fall siehe auch TOBLER, Mehrfachdiskriminierung.

Ein weiteres Beispiel stammt aus der Beratungspraxis der EKR: Zwei behinderte Männer dunkler Hautfarbe parkieren ihre Autos in einer Tiefgarage an Plätzen, wo sie möglichst praktisch vom Rollstuhl ins Auto umsteigen können. Immer wieder, fast täglich, finden sie die Windschutzscheiben ihrer Fahrzeuge voller Spucke vor. Nach Meinung der EKR handelt es sich um eine bössartige und auf ihre Art sehr gewalttätige Handlung mit rassistischem Charakter, die zusätzlich auf die vielleicht verstärkte Wehrlosigkeit von Menschen mit Behinderung abzielt⁷³³.

Schliesslich noch ein Einzelfallbeispiel aus dem Einbürgerungsbereich: In der Rheintaler Gemeinde Oberriet wird einem jungen Albaner im Rollstuhl zum dritten Mal die Einbürgerung verweigert. Nachdem das Gesucht von der zuständigen Beschwerdeinstanz wegen Diskriminierung aufgrund einer Behinderung zur erneuten Beurteilung an die Gemeinde zurückgewiesen wurde, lehnte es die Gemeindeversammlung erneut ab. Die Widerstände sind nach emotionalen, rassendiskriminierenden sowie fremdenfeindlichen und behindertendiskriminierenden Voten noch deutlicher als in den beiden Versuchen zuvor⁷³⁴.

Bei ethnisch-kultureller Diskriminierung mit abilistischer Komponente handelt es sich um eine spezifische Form der mehrdimensionalen Diskriminierung, wobei oft auch andere Dimensionen wie z.B. das Alter und das Geschlecht eine Rolle spielt, wie der folgende Fall aus Deutschland⁷³⁵ zeigt:

Eine junge, attraktive Rollstuhlfahrerin mit dunkler Hautfarbe, Angestellte eines Reiseunternehmens, wird von ihrem neuen Vorgesetzten auf diskriminierende Weise gemobbt: « Es kann doch nicht sein, dass sie täglich wegen ihres Kindes bis zu einer halben Stunde zu spät zur Arbeit kommen! » Ihre Antwort « Ich bin alleinerziehend und brauche die Zeit am Morgen, damit ich mein Kind in die Krippe bringen kann; das wurde so mit meinem früheren Chef abgesprochen », parierte er mit den Worten « Ja ja, einem Deutschen Mann schöne Augen machen und dann nach der Scheidung die Konsequenzen nicht tragen und dabei noch profitieren wollen. So sind sie, die naiven jungen Früchtchen. Ich frage mich sowieso, wie das bei ihnen im Bett gegangen ist? ». Nach drei Monaten konflikträchtiger Arbeitsbeziehung wurde der jungen Frau gekündigt, dies mit der Begründung, sie vernachlässige ihre Pflichten als Arbeitnehmerin, habe Weisungen ihres Vorgesetzten nicht befolgt und sei ihm gegenüber mehrfach « ausgesprochen respektlos » aufgetreten.

In Konstellationen der abilistischen ethnisch-kulturellen Diskriminierung ist es angemessen, auch das Behindertengleichstellungsrecht zu konsultieren. Dadurch wird einerseits der Sachverhalt rechtlich präziser dargestellt. Andererseits ist die Ausweitung des Blickfeldes von enorm rechtspraktischer Bedeutung, ins-

⁷³³ Dokumentiert unter http://d102352.u28.netvs.ch/bfr/izr/izr_index.asp?lang=d&num=24&subnum=37 (Zugriff: 22. Dezember 2010).

⁷³⁴ Zum Fall siehe EKR-Studie, S. 56.

⁷³⁵ NAGUIB, Mehrdimensionale Diskriminierung.

besondere in denjenigen gesellschaftlichen Bereichen, wo das Recht gegen ethnisch-kulturelle Diskriminierung weniger weit geht als der Schutz vor einer Behindertendiskriminierung⁷³⁶.

5.2 Rechtslage⁷³⁷

Das Behindertengleichstellungsgesetz gilt für unterschiedliche Bereiche. Aus integrationspolitischer Perspektive stehen die Schule, Aus- und Weiterbildung, das Erwerbsleben und der Bereich der Dienstleistungen im Vordergrund. Obwohl die Bereiche Schule und Dienstleistung auch die Frage der staatlichen Diskriminierung bzw. Benachteiligung betreffen, werden sie der Einfachheit halber an dieser Stelle abgehandelt.

a. Grundschule

Das Schulwesen liegt in der Zuständigkeit der Kantone (Art. 62 Abs. 1 BV). Das vom Bundesgesetzgeber erlassene Behindertengleichstellungsgesetz kann daher keine für die Kantone und Gemeinden verbindlichen Regeln für die Beseitigung von Benachteiligungen von Kindern und Jugendlichen im Grundschulbereich erlassen. Es sieht lediglich in Form einer unverbindlichen Regel vor, dass die Kantone dafür zu sorgen haben, dass Kinder und Jugendliche mit Behinderung eine Grundschulung erhalten, die ihren besonderen Bedürfnissen angepasst ist (Art. 20 Abs. 1 BehiG). Die Kantone fördern, soweit dies möglich ist und dem Wohl des Kindes oder Jugendlichen mit Behinderung dient, mit entsprechenden Schulungsformen die Integration von Kindern und Jugendlichen mit Behinderung in die Regelschule (Art. 20 Abs. 2 BehiG). Insbesondere sorgen sie dafür, dass Kinder und Jugendliche mit einer Wahrnehmungs- oder Artikulationsbehinderung und ihnen besonders nahe stehenden Personen eine auf die Behinderung abgestimmte Kommunikationstechnik erlernen können (Art. 20 Abs. 3 BehiG). Dabei müssen die Kantone und Gemeinden sich im Minimum an die verfassungsmässigen Grundrechte des Anspruches auf Grundschulunterricht (Art. 19 BV, Art. 29 Abs. 2 KV) und des Diskriminierungsverbotes (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 10 Abs. 1 KV) halten. Ein allgemeines Recht auf Integration ist hingegen nicht vorgesehen.

b. Aus- und Weiterbildung⁷³⁸

Das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot verbietet die ungerechtfertigte Benachteiligung von Menschen mit einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung im Zusammenhang mit Aus-

⁷³⁶ Zur rechtspraktischen Bedeutung der Hierarchisierung des Rechts siehe weiter hinten, a.a.O.

⁷³⁷ Die folgenden textlichen Elemente lehnen sich überwiegend an DOK-Bericht 5 Jahre BehiG, sowie an das Dossier zum Diskriminierungsverbot auf der Homepage von humanrights.ch, auffindbar unter: http://www.humanrights.ch/home/de/Themendossiers/Diskriminierungsverbot/Rechtslage_CH/Behinderte/idcatart_7_680-content.html (Zugriff: 24. März 2011).

⁷³⁸ Zur Praxis siehe DOK-Bericht 5 Jahre BehiG.

und Weiterbildungsangeboten des Gemeinwesens (auf Ebene Bund, Kantone und Gemeinden) (Art. 8 Abs. 2 BV, Art. 10 Abs. 1 KV). Von Bedeutung ist weiter das im Behindertengleichstellungsgesetz verankerte Benachteiligungsverbot, das die Benachteiligung von Menschen mit Behinderung bei der Inanspruchnahme von Aus- und Weiterbildung untersagt, insbesondere bei der Verwendung behindertenspezifischer Hilfsmittel, dem Beizug notwendiger persönlicher Assistenz sowie der Ausgestaltung des Bildungsangebotes und der Prüfungen.

Anders als das verfassungs- und völkerrechtliche Diskriminierungsverbot beschränkt sich das Benachteiligungsverbot auf Aus- und Weiterbildungsangebote auf Bundesebene. Doch können nach vorliegender Auffassung die Grundsätze auch auf das verfassungs- und völkerrechtliche Diskriminierungsverbot übertragen werden. Wer nach BehiG benachteiligt wird, kann im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung beim zuständigen Gericht oder bei der zuständigen Verwaltungsbehörde verlangen, dass das Gemeinwesen die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt (Art. 8 Abs. 2 BehiG). Ob eine Unterlassung oder Beseitigung der Benachteiligung gesetzlich geboten ist, entscheidet sich nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 11 BehiG).

c. Dienstleistungen des Bundes und konzessionierter privater Unternehmen

Das Gemeinwesen sowie konzessionierte Privatunternehmen müssen sich an das Benachteiligungsverbot halten (Art. 3 lit. e BehiG). Eine Benachteiligung bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung liegt vor, wenn diese für Behinderte nicht oder nur unter erschwerenden Bedingungen möglich ist (Art. 2 Abs. 4 BehiG). Wer benachteiligt wird, kann beim zuständigen Gericht oder bei der zuständigen Verwaltungsbehörde verlangen, dass der Anbieter der Dienstleistung die Benachteiligung beseitigt oder unterlässt (Art. 8 Abs. 1 BehiG).

d. Private Dienstleistungen

Nicht konzessionierte, private Anbieter_innen von öffentlichen Dienstleistungen unterliegen weniger strengen rechtlichen Anforderungen als das Gemeinwesen und konzessionierte Privatunternehmen⁷³⁹. Die Möglichkeit der rechtlichen Sanktionierung privater Dienstleistungsunternehmen besteht erst bei einer besonders krass unterschiedlichen und benachteiligenden Behandlung mit dem Ziel oder der Folge, Menschen mit Behinderung herabzuwürdigen oder auszugrenzen (Art. 6 BehiG i.V.m. Art. 2 lit. d BehiG). Somit will der Gesetzgeber einzig das eigentlich segregierende Verhalten verbieten und erachtet weniger schwerwiegende Formen der Benachteiligung von Menschen mit Behinderung für zulässig. Weiter beschränkt sich das BehiG betreffend die Rechtsfolgen eines Verstosses gegen das Diskriminierungsverbot auf die Verankerung eines Entschädigungsanspruchs von maximal Sfr. 5'000 (Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Art. 11

⁷³⁹ Vgl. hierzu etwa die Ausführliche Behandlung in NAGUIB, Diskriminierungsschutz, S. 1000ff.

Abs. 2 BehiG), beziehungsweise es sieht im Rahmen eines Verbandsklagerechts ausschliesslich einen Feststellungsanspruch vor (Art. 9 Abs. 3 lit. a BehiG); die Unterlassung oder die Beseitigung einer Diskriminierung kann nicht eingefordert werden. Eine Diskriminierung kann vor Gericht eingeklagt werden. Das erstinstanzliche Verfahren ist unentgeltlich (Art. 10 BehiG).

e. Erwerbsleben

Das Behindertengleichstellungsgesetz beinhaltet keine einklagbaren rechtlichen Regelungen im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen. Es sieht einzig vor, dass der Bund als Arbeitgeber alles daran setzt, Behinderten gleiche Chancen wie nicht Behinderten anzubieten. Bei allen Arbeitsverhältnissen und auf allen Ebenen, namentlich jedoch bei den Anstellungen, trifft der Bund die zur Umsetzung des Gesetzes erforderlichen Massnahmen (Art. 13 Abs. 1 BehiG); das heisst, dass er als Arbeitgeber gewisse weiche Massnahmen zur Förderung der Integration von Menschen mit Behinderung umzusetzen hat. Weiter gelangen im Zusammenhang mit Anstellungsverhältnissen mit dem Bund, den Kantonen und den Gemeinden das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot sowie die allgemeinen Bestimmungen des Personalrechts zur Anwendung. Demgegenüber ist das privatrechtliche Arbeitsverhältnis trotz Bundeskompetenz vom Gesetzgeber umfassend vom Behindertengleichstellungsrecht ausgeschlossen, vielmehr muss hier auf unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln des allgemeinen Privatrechts und des allgemeinen öffentlichen Rechts zugegriffen werden⁷⁴⁰.

5.3 Wirkung und Wirksamkeit des Behindertengleichstellungsgesetzes

Im Gegensatz zum strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung und zum Gleichstellungsgesetz liegen zum Behindertengleichstellungsrecht im Allgemeinen und zum Behindertengleichstellungsgesetz im Spezifischen keine statistischen Daten vor⁷⁴¹. Zudem gibt es ebenso wie bei der Strafnorm der Rassendiskriminierung keine sozialwissenschaftlich-methodische Evaluation zu Befolgung, Inanspruchnahme, Sanktionierung und Vollzug des Behindertengleichstellungsgesetzes bzw. des Behindertengleichstellungsrechts. Dennoch zeigen je eine Studie der Behindertenorganisationen und des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB gewisse Resultate. Diese werden hier zusammenfassend und im O-Ton wiedergegeben:

Bericht der Dachorganisationankonferenz der privaten Behindertenhilfe, des Gleichstellungsrates Égalité Handicap und der Fachstelle Égalité Handicap:

⁷⁴⁰ Siehe hierzu hinten, a.a.O.

⁷⁴¹ Solche werden jedoch im BehiG-Bericht gefordert.

« Seit dem Inkrafttreten des Behindertengleichstellungsgesetzes am 01. Januar 2004 sind wichtige Schritte in Richtung Gleichstellung von Menschen mit Behinderung gelungen. Nun haben Menschen mit Behinderung die Möglichkeit, sich gegen Benachteiligung beziehungsweise Diskriminierung in den Bereichen Bau, Dienstleistungen, Aus- und Weiterbildung und öffentlicher Verkehr über den Rechtsweg zur Wehr zu setzen (Benachteiligungsverbote & Rechtsschutz). Auch steht den Behindertenorganisationen und den Fachstellen auf der Basis der rechtlichen Bestimmungen mittels Interessenvertretung sowie dank vom Bund unterstützter Integrationsprojekte ein beachtliches Instrumentarium zur Prävention und zur Sensibilisierung der Bevölkerung, privater Organisationen und Behörden zur Verfügung (Instrument zur Prävention & Sensibilisierung).

Die vorliegende Wirkungsanalyse hat hingegen auch zahlreiche Mängel des geltenden Behindertengleichstellungsrechts sowie Defizite bei seiner Umsetzung aufgedeckt: Insgesamt fällt auf, dass das Behindertengleichstellungsrecht oft weder bei Behörden noch bei privaten Unternehmen bekannt ist (mangelhafte Sensibilität). Dies hängt massgeblich damit zusammen, dass weder auf Bundesebene noch in den meisten Kantonen eine Gleichstellungsstrategie vorliegt, die es erlauben würde, die Gleichstellung von Menschen mit Behinderung systematisch ziel- und prozessorientiert zu fördern (fehlende Gleichstellungsstrategie). Auch fehlt es auf Bundes- als auch auf kantonaler Ebene an genügenden Ressourcen und spezialisierten Fachstellen (schwacher institutioneller Rahmen).

Weiter zeigen sich Defizite bei der Durchsetzung von konkreten Ansprüchen auf individueller Ebene: Ohne eine professionelle und kostenlose Beratung sind viele Menschen nicht in der Lage, ihre Rechte wirksam durchzusetzen (mangelhafte Beratungsstrukturen). Teilweise gelangen sie nach einer längeren Odyssee an die Fachstellen, werden von Stelle zu Stelle gewiesen und sind am Ende vollständig frustriert. Einen Anwalt oder eine Anwältin können sie sich oft nicht leisten. Der Bedarf von Menschen mit Behinderung an Beratung und Unterstützung bei einer mutmasslichen Benachteiligung ist daher enorm. Hinzu kommt, dass der Rechtsweg mit grossen Unsicherheiten (etwa aufgrund der abschreckenden und langwierigen Verfahrenswege) und mit teilweise hohen Prozessrisiken verbunden (Kostenrisiko, Risiko der Niederlage, Beweisproblematik) ist (Durchsetzungshindernisse).

Der gesetzgeberische Handlungsbedarf beschränkt sich jedoch nicht nur auf den institutionellen Rahmen und den Rechtsschutz. Vielmehr zeigt sich, dass es im Zuständigkeitsbereich der Kantone dringend Behindertengleichstellungsgesetze benötigt; dies gilt im Besonderen für den Bereich staatlicher Dienstleistungen sowie der Aus- und Weiterbildung (fehlende kantonale Behindertengleichstellungsgesetze). Notwendig sind zudem weitere gesetzgeberische Fortentwicklungen auf den Ebenen Bund und Kantone.

Besonders problematisch ist, dass das Behindertengleichstellungsrecht für Menschen mit psychischer Behinderung praktisch unwirksam ist (schwache Wirksamkeit beim Schutz von Menschen mit psychischer Behinderung). Gerade in Bereichen, die betreffend Menschen mit psychischer Behinderung besonders dis-

kriminierungsanfällig sind – wie etwa beim Bereich Erwerb –, sieht das Behindertengleichstellungsgesetz nur relativ schwache (oder: bei privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen keine) Massnahmen vor. Auch Personen mit einer geistigen Behinderung können vom Gleichstellungsrecht nur in wenigen Bereichen profitieren. Die Chancengleichheit auf dem Arbeitsmarkt ist nicht hergestellt bzw. der Zugang zu diesem ist weiterhin für diese Personengruppe nicht gewährleistet und mit erheblichen Hindernissen verknüpft (Mängel beim Schutz von Menschen mit geistiger Behinderung). »⁷⁴²

In Anlehnung an bereits bewährte Instrumente zur Verbesserung der Befolgung, Mobilisierung und Sanktionierung des Antidiskriminierungsrechts, wird auch im Rahmen des Behindertengleichstellungsrechts vermehrt dafür plädiert, das Verbandsklage bzw. -beschwerderecht auszubauen, niedrighschwellige Streitbeilegungsmechanismen, eine Beweislastleichterung und die Untersuchung von Amtes wegen einzuführen⁷⁴³.

6. Allgemeines Privatrecht

6.1 Das Verhältnis von Privatautonomie und Gleichheit⁷⁴⁴

Im Privatrecht gilt die Privatautonomie⁷⁴⁵. Sie umfasst die Freiheit, der Rechtssubjekte, ihre privaten Rechtsverhältnisse nach eigenem Willen zu gestalten⁷⁴⁶. Die Privatautonomie ist ein privatrechtlicher Grundsatz, der zudem in der Verfassung implizit grundrechtlich verankert ist, so etwa im Recht auf Wirtschaftsfreiheit⁷⁴⁷ oder im Schutz der Privatsphäre⁷⁴⁸. Im Rahmen privatrechtlicher Vertragsverhältnisse von besonderer Bedeutung ist die aus Art. 19 OR fliessende privatrechtliche Vertragsfreiheit; konkret sind dies die Partnerwahl-, Form-, Inhalts-, Abschluss- und Beendigungsfreiheit. Der Privatautonomie (bzw. der Vertragsfreiheit als deren Teilgehalt) kommt ein hoher Stellenwert zu⁷⁴⁹, doch gilt sie nicht absolut⁷⁵⁰. Sie findet ihre Schranken im zwingenden Recht, in der öffentlichen Ordnung oder im Recht der Persönlichkeit⁷⁵¹. Zentral ist etwa die begrenzende Bedeutung der gesetzlichen Diskriminierungsverbote,

⁷⁴² DOK-Bericht 5 Jahre BehiG, S. 12f.

⁷⁴³ Vgl. hierzu etwa DOK-Bericht 5 Jahre BehiG.

⁷⁴⁴ Vgl. hierzu NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht.

⁷⁴⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR allgemeiner Teil, 8. A., 2003, N 314 und 613ff.

⁷⁴⁶ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 314 und 613ff.; KLETT, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, BJM 2005, S. 161ff., 162; PÄRLI/CAPLAZI/SUTTER, S. 132; NAGUIB, Diskriminierungsschutz, S. 1005.

⁷⁴⁷ Art. 27 BV, Art. 23 KV BE.

⁷⁴⁸ Art. 17 UNO-Pakt II, Art. 8 EMRK, Art. 13 BV, Art. 12 Abs. 3 KV BE.

⁷⁴⁹ KLETT, S. 162.

⁷⁵⁰ NAGUIB, Diskriminierungsschutz, S. 1005.

⁷⁵¹ WALDMANN, Gutachten, S. 68.

des Schutzes der Persönlichkeit⁷⁵², zwingender Normen des öffentlichen Rechts⁷⁵³, des Grundsatzes von Treu und Glauben⁷⁵⁴ und des Grundsatzes des Verbots sittenwidrigen Verhaltens (BGE 129 III 35⁷⁵⁵).

Diese unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln der Privatrechtsordnung sowie der zwingenden Normen des öffentlichen Rechts lassen sich auch für den Diskriminierungsschutz fruchtbar machen. Sie bilden die Verbindungsstücke, über welche das völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot einfließen kann⁷⁵⁶. Deren Wertausfüllung hat in Anlehnung an die Wertentscheidung des Gesetzgebers in der ganzen Rechtsordnung – einschliesslich auf Verfassungsebene, und da insbesondere unter Berücksichtigung der Grundrechte – zu erfolgen⁷⁵⁷. Ihre Tragweite ist verfassungs- und völkerrechtskonform herauszukristallisieren⁷⁵⁸. Die völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote sind als Integritäts- und besondere Gleichheitsrechte besonders geeignet, sich auch im Rahmen von Verhältnissen zwischen Privaten zu entfalten⁷⁵⁹.

Demnach versuchen die in der rechtswissenschaftlichen Literatur vertretenen Ansätze, den Schutz vor Diskriminierung über den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz bzw. den arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz, den Grundsatz der guten Sitten und den Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das Rechtsmissbrauchsverbot herzuleiten.

6.2 Persönlichkeitsschutz

a. Persönlichkeitsrechte

Zentral für den Persönlichkeitsschutz sind Natur und Begriff der Persönlichkeit. Der Gesetzgeber hatte die Ausfüllung dieses allgemeinen Begriffs bewusst der Rechtsprechung und Lehre überlassen⁷⁶⁰, welche

⁷⁵² Siehe hinten, a.a.O.: Vgl. zudem PÄRLI, Gleichbehandlung; PULVER, L'interdiction de la discrimination, Diss. Neuenburg, Basel 2003, N 409; PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, S. 132; WALDMANN, Gutachten, S. 68; NAGUIB, Diskriminierungsschutz, S. 1005.

⁷⁵³ So etwa strafrechtliche Verbote wie das Verbot zur Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB, Art. 171cMStG).

⁷⁵⁴ Siehe hinten, a.a.O. Vgl. zudem NAGUIB, Diskriminierungsschutz, S. 1005.

⁷⁵⁵ NAGUIB, Diskriminierungsschutz, S. 1005.

⁷⁵⁶ Vgl. dazu vorne, a.a.O. Vgl. zudem GÖKSU, S. 95; WALDMANN, Motorhaftpflichtversicherung, S. 68.

⁷⁵⁷ Vgl. hierzu PÄRLI, Gleichbehandlung; MÜLLER, Zur Bedeutung der Pressefreiheit beim privat- und strafrechtlichen Ehrenschaft, ZSR 86 (1967), erster Halbband, S. 124f.

⁷⁵⁸ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1999, N 10, 49.

⁷⁵⁹ Siehe hierzu die folgenden Bemerkungen.

⁷⁶⁰ BBI 1982 II, S. 658; GÖKSU, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung (AISUF Band 221), Diss. Freiburg 2003, N 68; FRANK, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, N 92; PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, HIV/Aids-Diskriminierung, S. 133; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, Das Schweizerische

ihn anhand der gesetzgeberischen Wertentscheidung in der gesamten Rechtsordnung auszufüllen haben⁷⁶¹. Der Persönlichkeitsschutz ist damit zeitlichem Wandel unterworfen und offen für eine dynamische Rechtsfortbildung⁷⁶². Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst der Begriff der Persönlichkeit « alles, was zur Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf die Beziehung zwischen den einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schützwürdig erscheint »⁷⁶³. Er ist « Inbegriff der Rechte, die untrennbar mit der Person verknüpft sind »⁷⁶⁴. Die Persönlichkeit ist die Gesamtheit der physischen, moralischen und sozialen Werte, die dem Menschen kraft seiner Existenz inhärent sind, als schützwürdig erscheinen und Gegenstand einer Verletzung sein können⁷⁶⁵. Die Schützwürdigkeit umfasst sowohl die subjektive als auch objektive Schützwürdigkeit⁷⁶⁶. Verletzbarkeit liegt vor, wenn mehr als eine Person an einer zwischenmenschlichen Interaktion beteiligt sind⁷⁶⁷.

Die Persönlichkeitsrechte (bzw. -güter) umschreiben die zentralen, durch Art. 28 ZGB geschützten Lebensbereiche⁷⁶⁸. Weil der Begriff der Persönlichkeit jedoch dem zeitlichen Wertewandel unterworfen ist, lassen sich die Persönlichkeitsrechte (bzw. -güter) lediglich typisierend veranschaulichen und nicht ab-

Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002, S. 102 mit Verweis auf die Botschaft vom 20. November 1996, BBl 1997 I, S. 137ff.

⁷⁶¹ GEISER, Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke, Basel 1990, N 1.41 ; GLAUS, Das Recht am eigenen Wort, Informationelle Selbstbestimmung als Schranke der Medienfreiheit – Mit allgemeinen Geschäftsbedingungen für das Mediengespräch, Diss. Zürich 1997, S. 16f. ; GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 68.

⁷⁶² Vgl. dazu auch PÄRLI, Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, ARV 2005, 225ff., S. 235, der auf die Offenheit des arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 328 OR) hinweist, die den Gerichten erlaubt, auf neue Bedrohungen der Persönlichkeit wie die Folgen von Überlastung und Diskriminierung am Arbeitsplatz zu reagieren ; PÄRLI/CAPLAZI/SUTER, HIV/Aids-Diskriminierung, S. 133.

⁷⁶³ BGE 45 II 625, BGE 70 II 130, BGE 95 II 491ff.

⁷⁶⁴ BGE 84 II 573.

⁷⁶⁵ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 208, 903 ; zum Aspekt *inhärente Werte* vgl. zudem DESCHENAUX/STEINAUER, La responsabilité civile, 2. Aufl., Bern 1982, N 515 ; GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 73 f. ; HOTZ, Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, Diss. Zürich 1967, S. 24 ; OBERHOLZER, Schutz der Persönlichkeit im Mietrecht, Diss. Zürich 1978, S. 58 ; TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N 318 ; zum Aspekt der *Schützenswertigkeit* der inhärenten Werte vgl. GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 75ff. ; SIMONIUS, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in : Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Herausgegeben von den juristischen Fakultäten der schweizerischen Universitäten, Zürich 1948, 281ff., S. 283 ; zur *objektiven Schützwürdigkeit* vgl. FRANK, N 88 ; zum Aspekt der *Verletzbarkeit* vgl. JÄGGI, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960) II, 133a, S. 145aff., 165af. und 173a ; WERRO, La définition des biens de la personnalité : une prérogative du juge, in : Gauch/Werro/Zufferey (Hrsg.), La protection de la personnalité, Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contribution en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Freiburg 1983, 15ff., S. 21.

⁷⁶⁶ Vgl. dazu unter vielen und zusammenfassend GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 75-85.

⁷⁶⁷ Dazu JÄGGI, S. 145aff. und 165f.

⁷⁶⁸ HOTZ, S. 23 ; GEISER, Kunstwerke, N 2.1 ; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 12.38.

schliessend darstellen⁷⁶⁹; vielmehr bleibt die Liste für weitere aus der Persönlichkeit fliessenden Rechte offen⁷⁷⁰. Eine Persönlichkeitsverletzung kann daher auch vorliegen, wenn keines der im Folgenden skizzenhaft dargestellten Persönlichkeitsrechte (bzw. -güter) verletzt ist⁷⁷¹.

- Die physische Persönlichkeit ist durch den Grundsatz der Unantastbarkeit von Leben und körperlicher Unversehrtheit geprägt⁷⁷². Danach ist jeder Eingriff in die körperliche Integrität, die physische und psychische Gesundheit⁷⁷³, die Bewegungsfreiheit, die sexuelle Freiheit und die Anstreckung mit Krankheiten untersagt⁷⁷⁴.
- Neben dem Persönlichkeitsrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gibt es ein Persönlichkeitsrecht auf geistige Integrität⁷⁷⁵. Davon geschützt werden die Güter des Empfindungslebens und der Vorstellungswelt, das Gefühlsleben und die Selbstachtung, die Willens- und Betätigungsfreiheit, das Recht auf Identität, Individualität und freie Entfaltung der Persönlichkeit, die gemütmässige Verbundenheit mit der Umwelt, mit Angehörigen und mit der Kollektivität, welcher das einzelne Individuum angehört⁷⁷⁶. Der Schutzgegenstand der geistigen Integrität lässt sich in die soziale und affektive Persönlichkeit unterteilen.
- Zur sozialen Persönlichkeit gehören alle Güter, über die der Einzelne verfügen muss, um in der Gesellschaft leben zu können bzw. Kontakte zu pflegen⁷⁷⁷. Konkret werden das Recht auf den Namen, das Recht am eigenen Bild und an der eigenen Stimme, das Recht auf Ehre, das Recht auf Achtung des Privatlebens, das Urheberpersönlichkeitsrecht und das Recht auf Freiheit der wirtschaftlichen Entfaltung zur sozialen Persönlichkeit gezählt⁷⁷⁸.

⁷⁶⁹ Siehe vorne, a.a.O. BRÜCKNER, N 462 ; A. BUCHER, N 462 ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 540b ; TERCIER, personnalité, N 349ff.

⁷⁷⁰ MEILI, N 17 zu Art. 28 ZGB ; RIKLIN, Schutz der Persönlichkeit, S. 10 ; GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 88.

⁷⁷¹ Vgl. dazu etwa SPECKER, S. 48 ; GROSSEN, ZSR, S. 5a ; TERCIER, personnalité, N 341 ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 519 ; GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 89 ; EGGER, N 23 zu Art. 28 ZGB.

⁷⁷² Vgl. Hausheer/Aebi-Müller, N 12.42.

⁷⁷³ Dazu GLAUS, S. 45 ; A. BUCHER, N 466.

⁷⁷⁴ Vgl. dazu etwa BRÜCKNER, N 603f ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 547 ; A. BUCHER, N 466.

⁷⁷⁵ Pedrazzini/Oberholzer, S. 134.

⁷⁷⁶ Dazu GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 92ff. ; EGGER, N 27 zu Art. 28 ZGB.

⁷⁷⁷ Vgl. dazu GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 94ff.

⁷⁷⁸ Vgl. etwa SCHMID, Einleitungsartikel und Personenrecht, S. 846ff. ; DESCHENAUX/STEINAUER, N 556ff.

- Zur affektiven Persönlichkeit gehören die persönliche Gefühlswelt und die Integrität des Seelenlebens⁷⁷⁹. Ein Eingriff in die affektive Persönlichkeit liegt aber nur dann vor, wenn die Beeinträchtigung der Gefühlssphäre unmittelbar und nachhaltig erfolgt und das für das gesellschaftliche Zusammenleben Erforderliche oder Unvermeidbare übersteigt (Sozialverträglichkeit und Sozialnotwendigkeit)⁷⁸⁰. Diese Grenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn die Beeinträchtigung des seelischen Innenlebens für niemanden mehr zumutbar ist⁷⁸¹.

b. Diskriminierungsschutz durch geltende Persönlichkeitsrechte?

Der Diskriminierungsschutz lässt sie je nach Konstellation auf unterschiedliche Art und Weise unter den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz subsumieren: Nach GÖKSU, JAUN und PÄRLI ergibt sich eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts auf wirtschaftliche Entfaltung etwa dann, wenn ein missbräuchlicher, die Persönlichkeit verletzender Freiheitsgebrauch stattfindet – etwa durch eine diskriminierende Verweh- rung des Zuganges zum Markt⁷⁸², der sich als gravierendster Fall im Boykott manifestiert.

Eine Persönlichkeitsverletzung liegt aber auch bei einem Eingriff in die affektive Persönlichkeit vor, so wenn die Beeinträchtigung der Gefühlssphäre unmittelbar und nachhaltig erfolgt und das für das gesellschaftliche Zusammenleben Erforderliche oder Unvermeidbare übersteigt⁷⁸³. Vor diesem Hintergrund versteht GÖKSU das von ihm aus Art. 27ff. ZGB hergeleitete Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung⁷⁸⁴ als Aspekt der affektiven Persönlichkeit. Dies ergebe sich insbesondere aus der Nähe des Persönlichkeitsrechts auf diskriminierungsfreie Behandlung zur Menschenwürde, so werde bei Diskriminierung Erniedrigung erfahren, wobei die Erniedrigung ihrerseits der Verletzungstatbestand der Menschenwürde sei. Dass die Erniedrigung aber den seelisch-emotionalen Bereich des Menschen trifft, sei Grund genug, das Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung der affektiven Persönlichkeit zuzurechnen⁷⁸⁵.

Demnach will GEISER den Diskriminierungsschutz über den Ehrenschatz als Teilgehalt der sozialen Persönlichkeitsrechte erfassen⁷⁸⁶. Ehrverletzend sind insbesondere Beschimpfungen. Unzulässig sei es,

⁷⁷⁹ HUBMANN, Persönlichkeitsrecht, S. 259.

⁷⁸⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, N 12.68 ; BRÜCKNER, N 610 ; TERCIER, personnalité, N 375 ; HUBMANN, Persönlichkeitsrecht, S. 260.

⁷⁸¹ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 112.

⁷⁸² JAUN, Diskriminierungsschutz, S. 473; GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 95; PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1328.

⁷⁸³ Vgl. hierzu vorne, a.a.O.

⁷⁸⁴ Siehe hierzu hinten, a.a.O.

⁷⁸⁵ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 247.

⁷⁸⁶ GEISER, Diskriminierung, S. 16.

dass beispielsweise eine dunkelhäutige Person aufgrund ihrer Hautfarbe am Arbeitsplatz regelmässig besonderen Kontrollen unterzogen würde. In einer solchen Haltung würde der Arbeitgeber zum Ausdruck bringen, « dass er dieser Person ohne konkreten Anlass nicht die Würde entgegenbringt, die er allen anderen Personen gegenüber respektiert »⁷⁸⁷. Bezüglich Anstellungsdiskriminierung will Geiser eine Persönlichkeitsverletzung nur dann bejahen, wenn dem Bewerber oder der Bewerberin in einer herabwürdigenden Art mitgeteilt würde, warum keine Anstellung erfolgte⁷⁸⁸. Der Autor stützt dies darauf, dass der Grundsatz der Vertragsfreiheit grundsätzlich vorgehe und daher keine « rechtliche Handhabe gegen einen Arbeitgeber oder eine Arbeitgeberin (besteht), welche grundsätzlich Personen einer bestimmten Rasse, Ethnie oder Religion ablehnen ».

c. Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung als eigenständiges Persönlichkeitsrecht ?

In der jüngeren rechtswissenschaftlichen Literatur wird vereinzelt die Meinung vertreten, dass auch unabhängig von bereits vorliegenden Persönlichkeitsrechten ein Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung aus Art. 27ff. ZGB hergeleitet werden kann. Zwar wird dieses nicht von allen Vertreter_innen transparent gemacht, doch ist davon auszugehen, dass wenn die Autor_innen den Diskriminierungsschutz nicht explizit einem bereits typologisierten Persönlichkeitsrecht zuordnen, sie argumentum e contrario den Persönlichkeitsbegriff bzw. das Recht auf Nichtdiskriminierung als eigenständiges begreifen.

aa. Schutz des « Sosein und Dasein » (Aebi-Müller)

Für AEBI-MÜLLER bezieht der Persönlichkeitsbegriff sowohl die Grundlagen der Existenz des Einzelnen wie auch dessen konkrete Ausdrucksform ein. Zu schützen sei sowohl das « Dasein » im Sinne der blossen menschlichen Existenz ungeachtet der konkreten Fähigkeiten und Möglichkeiten wie auch das « Sosein » als zu gewährender Entfaltungsfreiraum⁷⁸⁹. Eine Persönlichkeitsverletzung liege dann vor, wenn eine Beeinträchtigung der konkreten « Daseins- und Soseins-Interessen » für die Betroffenen mehr als geringfügig ist⁷⁹⁰. Damit sei auch ein Anspruch auf ein Rollenverhalten jenseits gängiger Schemata miterfasst. Dazu gehöre etwa der « unvernünftige » Patient, der zurückgezogene Kauz, der religiöse Fundamentalist etc., sind diese gerade einer besonderen Gefahr ausgesetzt, Opfer von Persönlichkeitsverletzungen

⁷⁸⁷ GEISER, Diskriminierung, S. 16.

⁷⁸⁸ GEISER, Diskriminierung, S. 20.

⁷⁸⁹ AEBI-MÜLLER, Persönlichkeit, S. 113-115 ; DIES., Informationen, N 35ff.

⁷⁹⁰ AEBI-MÜLLER, Informationen, N 96.

gen zu werden. Daraus zieht Aebi-Müller den Schluss, bei Art. 28 ZGB gehe es « wesentlich auch um Minoritäten- bzw. Diskriminierungsschutz »⁷⁹¹.

bb. Schutz vor « Herabsetzung der Wertschätzung » (Jaun)

Vermutlich weniger weit geht JAUN in seiner Position. Nach ihm kann sich ein missbräuchlicher, die Persönlichkeit des Abgewiesenen verletzender Freiheitsgebrauch namentlich aus der herabwürdigenden Art und Weise ergeben, in der die Ablehnung des Vertragsschlusses erfolgt⁷⁹². Die Weigerung, mit jemandem aufgrund eines bestimmten Persönlichkeitsmerkmals einen Vertrag abzuschliessen, sei dann unstatthaft, wenn die Art und Weise, in der dies geschieht, den Abgewiesenen in seiner Wertschätzung als Person herabsetzt und erniedrigt. Man könne – muss aber nicht – darin eine Verletzung der affektiven (emotionalen) Persönlichkeit erblicken⁷⁹³.

Keine Schwierigkeiten würden hier solche Fälle bereiten, in denen die Vertragsverweigerung begleitet sei von einer Äusserung, mit der dem Abgewiesenen gegenüber unmittelbarer Geringschätzung und Missachtung zum Ausdruck gebracht wird⁷⁹⁴. Eine Persönlichkeitsverletzung könnte sich daneben aber auch, unabhängig von einer expliziten Äusserung, aus den blossen Begleitumständen ergeben⁷⁹⁵. Bezug nehmend auf das Deutsche AGG, das französische Recht und das britische « common law » sei hier vor allem an die sogenannte « Massengeschäfte » zu denken, d.h. « Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen ».

cc. Persönlichkeitsrecht als « Herabwürdigungsverbot » (Göksu, Naguib, Waldmann)

Ähnlich wie Jaun knüpfen diejenigen Vertreter, die im Persönlichkeitsschutz ein Herabwürdigungsverbot sehen, an die Wertschätzung der Person an. GÖKSU definiert die Persönlichkeit als « Gesamtheit derjenigen Werte, die dem Menschen inhärent sind, als schutzwürdig erscheinen und Gegenstand einer Verletzung bilden können »⁷⁹⁶. Nach dieser Definition kommt der Autor zum Schluss, dass Art. 28 ZGB vor Diskriminierung im privaten Verkehr schütze. Erstens stelle eine auf verpönten Unterscheidungsmerkma-

⁷⁹¹ AEBI-MÜLLER, Informationen, N 43.

⁷⁹² JAUN, Diskriminierungsschutz, S. 473.

⁷⁹³ JAUN, Diskriminierungsschutz, S. 477.

⁷⁹⁴ JAUN, Diskriminierungsschutz, S. 477. Der Autor nimmt beispielhaft Bezug auf die Fälle Lausanne und Zürich (siehe hinten, a.a.O).

⁷⁹⁵ JAUN, Diskriminierungsschutz, S. 478ff.

⁷⁹⁶ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 236.

len⁷⁹⁷ beruhende Ungleichbehandlung im privaten Verkehr eine Diskriminierung und damit einen Angriff auf die Menschenwürde dar, die dem Menschen inhärent sei⁷⁹⁸. Zweitens sei der Wert « Schutz vor auf die Würde zielender Diskriminierung (auch) im Privatrechtsverkehr » sowohl subjektiv wie objektiv schutzwürdig. Als Beleg für die Schutzwürdigkeit des Rechts auf diskriminierungsfreie Behandlung dienen die in den internationalen Menschenrechtsverträgen verankerten Diskriminierungsverbote, das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot sowie das strafrechtliche Verbot zur Rassendiskriminierung⁷⁹⁹. Diskriminierungen wären alltäglich und seien ohne Zweifel geeignet, Gegenstand einer Persönlichkeitsverletzung zu sein⁸⁰⁰. Die Konzeption von Göksu sieht Diskriminierung in erster Linie als Verletzung der Menschenwürde, entsprechend ordnet er das Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung zusätzlich auch der Kategorie der affektiven Persönlichkeit zu⁸⁰¹.

Auch (bei) NAGUIB referiert (und beschränkt sich) die Tragweite des Persönlichkeitsrechts auf diskriminierungsfreie Behandlung auf ein Herabwürdigungsverbot⁸⁰². So sei ein Verstoss gegen das Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung mit der Qualität einer Herabsetzung anzunehmen, wenn die Vertragsabschlussverweigerung auf einer Anknüpfung an ein sensibles Merkmal im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV basiert und kein sachlicher Grund vorliegt, der die Anknüpfung rechtfertigt. Das Verbot der direkten Diskriminierung stehe also im Vordergrund. Eine derartige direkt diskriminierende persönlichkeitsverletzende Herabwürdigung sei jedenfalls dort gegeben, wo die Vertragsabschlussverweigerung von einer Äusserung begleitet ist, die dem Abgewiesenen gegenüber unmittelbar Geringschätzung und Missachtung zum Ausdruck bringt. Weiter sei eine Vertragsabschlussverweigerung auch dann vom Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung erfasst, wenn sich die Anknüpfung an das sensible Persönlichkeitsmerkmal aus ideologisch-feindlichen Motiven (wie z.B. Homophobie, Sexismus, Antiziganismus, Ageismus und Misanthropie) speist. Persönlichkeitsverletzend sei sie deshalb, weil die Vertragsabschlussverweigerung aufgrund des feindlichen Motivs die Negierung der Gleichberechtigung wegen sensibler Persönlichkeitsmerkmale bedeute. Eine Persönlichkeitsverletzung sei darüber hinaus auch dann zu bejahen, wenn die Vertragsabschlussverweigerung auf einer negativ konnotierten Kulturalisierung oder Naturalisierung beruht, d.h. in einer sozial konstruierten, pauschalen Problematisierung bestimmter Menschen wegen ihrer Merkmale gründet – wie z.B. « Zigeuner stehlen häufiger, die möchten wir nicht auf dem Zeltplatz » –, ohne dass damit eine ideologische Überzeugung über deren Minderwertigkeit verbunden sein müsse. Denn auch hier werde gemäss Autor deutlich, dass die Würde verletzt ist, da die diskriminierte Person

⁷⁹⁷ Zur Feststellung der verpönten Unterscheidungsmerkmale zieht der Autor die verfassungsrechtlichen Kriterien heran, siehe GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 215.

⁷⁹⁸ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 219ff.

⁷⁹⁹ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 239-240.

⁸⁰⁰ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 242.

⁸⁰¹ GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 247.

⁸⁰² NAGUIB, Anstellungsverweigerung, S. 1007f.

da die diskriminierte Person durch die « sippenhaftartige » Vertragsabschlussverweigerung als Zugehöriger zu einer scheinbar durch ein Persönlichkeitsmerkmal gekennzeichnete Problemgruppe disqualifiziert und nicht als ein über die Trägerin des entsprechenden sensiblen Persönlichkeitsmerkmals hinausgehendes Individuum wahrgenommen wird. Eine Persönlichkeitsverletzung sei schliesslich auch in denjenigen Fällen gegeben, wo Menschen – auch ohne grundsätzlich feindliche Absicht oder Stereotypisierung – als von der « Normalität » abweichend und störend betrachtet werden, sofern dieses abweichende Verhalten eng mit dem sensiblen Persönlichkeitsmerkmal verbunden ist. Dazu gehört z.B. der wegen seiner Behinderung schmatzende Restaurantbesucher oder der aufgrund seiner sexuellen Selbstwahrnehmung sich tuntenhaft verhaltende Schwule. Die Vertragsabschlussverweigerung hat durch die enge Verbindung zwischen dem Grund der verspürten Störung und dem sensiblen Persönlichkeitsmerkmal faktisch eine die Persönlichkeit negierende Wirkung und ist damit herabwürdigend.

dd. Persönlichkeitsrecht als « mittelbares privatrechtliches Diskriminierungsverbot » (Arnet)

Für ARNET wirkt der Persönlichkeitsschutz gemäss Art. 28 ZGB wie ein « mittelbares privatrechtliches Diskriminierungsverbot »⁸⁰³. Die mittelbare Diskriminierungsschutzwirkung ergibt sich für die Autorin daraus, dass Ungleichbehandlungen, die auf vom Persönlichkeitsrecht geschützten Merkmalen beruhen, Persönlichkeitsverletzungen darstellen können. Soweit zur Beseitigung dieser Persönlichkeitsverletzung eine Gleichbehandlung erforderlich sei, werde das Persönlichkeitsrecht indirekt zu einem Gleichbehandlungsgebot. Einen unmittelbar auf Art. 28 ZGB gestützten privatrechtlichen Gleichbehandlungsanspruch lehnt Arnet hingegen ab⁸⁰⁴.

ee. Arbeitsrechtlicher Nichtdiskriminierungsgrundsatz (Pärli)

Für PÄRLI ist die Nichtberücksichtigung eines Bewerbers oder einer Bewerberin auf ein privatrechtliches Stellenangebot dann eine diskriminierende Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB, wenn das für die Abschlussverweigerung massgebliche Motiv ein von den Persönlichkeitsinteressen geschütztes Merkmal betrifft⁸⁰⁵. Dabei geht der Autor von einem offenen Persönlichkeitsbegriff aus, der erlaubt, auf neue Ausgrenzungsgefährdungen bestimmter Personen oder ganzer Personengruppen zu reagieren⁸⁰⁶. « Dabei stellen die völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote verbindliche Kriterien für die Wertungsentscheidungen dar, (...) wann eine Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 328 OR oder 28 ZGB diskriminierend ist »⁸⁰⁷. Der Autor will dabei nicht nur die direkte sondern auch die indirekte Diskrimi-

⁸⁰³ ARNET, Freiheit, N 346.

⁸⁰⁴ ARNET, Freiheit, N 356.

⁸⁰⁵ PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1378.

⁸⁰⁶ PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1379.

⁸⁰⁷ PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1366ff.

nierung vom zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz erfasst haben; « so ist nicht einzusehen, weshalb dieses Diskriminierungsverbot nur die direkte und nicht auch die indirekte Diskriminierung umfassen sollte ». Andernfalls wäre ein aus Art. 28 ZGB abgeleitetes Verbot der Anstellungsdiskriminierung aus diskriminierungssensiblen Merkmalen leicht zu umgehen. So könne ein direkt an das Alter anknüpfendes Selektionskriterium « nicht älter als 40 » mit dem Hinweis « Berufs- und Studienabschluss liegt nicht mehr als zehn Jahre zurück umgangen werden »⁸⁰⁸.

ff. Recht auf Autonomie gegen private Übermacht (Trachsler, Besson, Pärli)

Trachsler und Besson stellen die Autonomie als weiteren zentralen Aspekt des diskriminierungsschutzrechtlichen Persönlichkeitsschutzes in den Mittelpunkt. Für TRACHSLER zeigt sich die Notwendigkeit privatrechtlichen Gleichheitsschutzes dort, wo Einzelne mit sozialer Machtausübung konfrontiert sind. Er weist darauf hin, dass « die Ausbildung nicht staatlicher Macht erst auf den vom Staat geschaffenen Grundlagen des Gesellschafts- und Rechtssystems möglich ist »⁸⁰⁹. Der Person komme auch in privatrechtlichen Verhältnissen ein Anspruch auf autonome Teilhabe am sozialen Sein (Existenz, Entfaltung, Freiheit) zu. In Fällen privater Willkür oder Missbrauch privater Macht müsse sich der Einzelne deshalb auf einen aus dem Persönlichkeitsrecht fließenden Anspruch gegen den Verletzer berufen können. Daher sei im Zusammenhang mit existenziellen Grundbedürfnissen im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich ein Anspruch des Individuums auf willkürfreie oder nicht diskriminierende Behandlung gefordert. Dieses Ziel lasse sich mit einer breiten Auslegung von Art. 28 ZGB oder mit einer Gesetzesnovelle verwirklichen⁸¹⁰. Als Diskriminierungsmerkmale nennt der Autor insbesondere « Rasse », Hautfarbe, Abstammung, Bürgerrecht, Alter, Vorstrafen und sexuelle Ausrichtung⁸¹¹, wobei die Liste der Diskriminierungsmerkmale offen ist.

Auch PÄRLI verweist in Anlehnung an TERCIER⁸¹² und bezogen auf das privatrechtliche Arbeitsverhältnis, dass das Persönlichkeitsrecht auf wirtschaftliche Entfaltung dann verletzt sei, wenn Arbeitnehmende vom Zugang zum Arbeitsmarkt durch Gebrauch oder vielmehr Missbrauch privater Gestaltungsmacht ausgeschlossen würden. Dies wäre nach Pärli etwa dann der Fall, wenn sich ein faktischer Monopolbetrieb oder Arbeitgebende einer ganzen Branche durch formelle oder informelle Absprache gegen bestimmte Kategorien von Arbeitnehmenden aussprechen würden, z.B. mittels Empfehlungen über Höchstalter oder durch Hinweise auf die Nichteignung Angehöriger bestimmter Herkunft⁸¹³. Pärli kommt zum

⁸⁰⁸ PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1386.

⁸⁰⁹ TRACHSLER, Gleichbehandlung, S. 43.

⁸¹⁰ TRACHSLER, Gleichbehandlung, S. 192.

⁸¹¹ TRACHSLER, Gleichbehandlung, S. 196ff.

⁸¹² TERCIER, 495ff.

⁸¹³ PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1326ff.

Schluss, dass die Gerichte die wirtschaftlich und sozialpolitisch schädlichen unerwünschten Hindernisse für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmenden beim Zugang zum Arbeitsmarkt durch eine schöpferische Nutzung von Art. 28 ZGB beheben können⁸¹⁴.

gg. Recht auf Selbstdarstellung (Britz)

Aus einer rechtsvergleichenden Perspektive interessant ist zudem der Ansatz von BRITZ, die aus dem Deutschen Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) einen Schutz vor statistischer Diskriminierung herleitet⁸¹⁵. Das in Art. 2 I GG enthaltene Recht auf Selbstdarstellung biete einen Schutz gegen Fremdbilder, « die Freiheit des Einzelnen, selbst zu bestimmen, welches Persönlichkeitsbild er von sich vermitteln will »⁸¹⁶, wobei es dabei um das Recht auf informationelle Selbstbestimmung geht⁸¹⁷. Fremdbilder, die in stereotyper Weise aus einem der in Art. 3 III GG genannten oder gemäss Art. 3 I GG persönlichkeitsrelevanten Merkmale abgeleitet werden, dürften Entscheidungen nicht zu Grunde gelegt werden⁸¹⁸. Nach der Autorin geht es um Fremdbilder, die auf ohnehin vorurteilsgeneigten Merkmalen beruhen, mit denen sich die Betroffenen in unterschiedlichen Kontexten konfrontiert sehen, sodass ein Akkumulationseffekt fremdbildbedingter Benachteiligung eintritt⁸¹⁹.

Der Effekt der Überbewertung eines Merkmals mache sich bei der Verwendung solcher Fremdbilder an zwei verschiedenen Stellen des Entscheidungsvorganges fest. Zum einen werde das problematische Merkmal zu rasch zur Fremdbildkonstruktion herangezogen, ohne dass andere Merkmale der Person in den Beurteilungs- und Entscheidungsprozess einflössen (Überbetonung des Merkmals). Zum anderen würden aus dem Merkmal häufig überzogene Schlussfolgerungen bezüglich der Eigenschaften der zu beurteilenden Person abgeleitet (Überinterpretation des Merkmals)⁸²⁰.

Britz schliesst mit der Bemerkung, dass das Selbstdarstellungsrecht den Staat im besonderen Masse in die Pflicht nehme, vor Verletzungen in der privaten Dimension zu schützen. Da der Vorgang der Persönlichkeitsentfaltung unweigerlich in Auseinandersetzung mit anderen erfolge, komme der Selbstdarstellung eine Schlüsselrolle für die Freiheitlichkeit zu⁸²¹.

⁸¹⁴ PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1387.

⁸¹⁵ BRITZ, S. 179ff.

⁸¹⁶ BVerfGE 82, 236, 269.

⁸¹⁷ BRITZ, S. 181ff.

⁸¹⁸ BRITZ, S. 196.

⁸¹⁹ BRITZ, S. 197 m.V.a. S. 126.

⁸²⁰ BRITZ, S. 197ff.

⁸²¹ BRITZ, S. 206.

d. Persönlichkeitsverletzende Diskriminierungshandlungen

Die oben dargestellten dogmatischen Konzeptionen zum persönlichkeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz betreffen überwiegend Diskriminierungen im Vorfeld, während dem vertraglichen Verhältnis und im Nachgang von Vertragsverhältnissen. Fraglich ist weiter, wie mit diskriminierenden Äusserungen und anderweitigen zivilrechtlichen Diskriminierungen umzugehen ist. Der Vollständigkeit halber werden im Folgenden sämtliche diskriminierende Handlungen, die einen Verstoß gegen die Persönlichkeit darstellen, überblickartig erwähnt und beispielhaft illustriert:

- *Diskriminierende Gewalt:* Zum physischen Schutzbereich gehören das Recht auf Leben, die körperliche Unversehrtheit, die sexuelle Freiheit, die persönliche Freiheit, insbesondere die Bewegungsfreiheit und das Recht auf körperliche Selbstbestimmung⁸²². Rechtsextreme und andere Formen diskriminierender Gewalt sind schwerwiegende Verstöße gegen das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen.

Beispiel: Zwei junge Rechtsextreme schlugen mehrmals Ausländer zusammen und wurden vom Gericht wegen mehrfacher einfacher Körperverletzung (Art. 123 Ziff. 2 Abs. 2 StGB), wegen mehrfacher versuchter schwerer Körperverletzung (Art. 122 StGB i.V.m. Art. 22 Abs. 1 StGB) und wegen schwerer Körperverletzung (Art. 122 Abs. 3 StGB) verurteilt. Das Gericht hielt fest, dass man zweifelsohne feststellen könne, dass das Motiv für die Gewaltdelikte vor allem in der rechtsradikalen Grundeinstellung der Täterschaft zu finden sei.

- *Diskriminierende Äusserungen:* Neben physischer Gewalt können auch Formen nicht-physischer Gewalt eine Verletzung der Persönlichkeit darstellen. Unter den psychischen Schutzbereich fallen das Recht auf Beziehungen, das Recht auf Respekt gegenüber den Nahestehenden und die seelische Integrität⁸²³. So stellen etwa rassistische Äusserungen schwere Persönlichkeitsverletzungen dar, die über den zivilrechtlichen Weg eingeklagt werden können. Neben rassistischen Äusserungen sind auch anderweitige diskriminierende Äusserungen (ein- oder mehrdimensionaler Art) Verletzungen des Persönlichkeitsrechts.
- *Diskriminierung im Rahmen privatrechtlicher Verträge:* In der jüngsten Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz ein umfassendes Recht

⁸²² PHILIPP, S. 49.

⁸²³ PHILIPP, S. 49.

auf diskriminierungsfreie Behandlung in zivilrechtlichen Beziehungen umfasst⁸²⁴. Auch wenn in der Lehre betreffend Tragweite und Rechtfertigung unterschiedliche Positionen bestehen, stellt im allen gemeinsamen Kern eine Diskriminierung in Anlehnung an den Grundsatz der Menschenwürde eine Verletzung der Persönlichkeit dar, sofern das Verbergen oder Überwinden von tatsächlichen oder zugeschriebenen Persönlichkeitsmerkmalen zum Zwecke der Vermeidung von Nachteilen eine unzumutbare Anpassungsleistung darstellt. PÄRLI leitet etwa aus seiner tiefgreifenden Studie des schweizerischen Arbeitsrechts ein allgemeines arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot her, das an den Begriff der Persönlichkeit anknüpft und sich auf Art. 2 und 28 ZGB, Art. 328 und 328b OR sowie auf Art. 336 OR stützt⁸²⁵. Auch in zwei jüngeren kantonalen erstinstanzlichen Entscheiden kommt der Zusammenhang zwischen Diskriminierungen und Persönlichkeitsverletzungen nach Art. 28 ZGB deutlich zum Ausdruck.

Arbeitsgericht Zürich⁸²⁶: In einem Fall des Arbeitsgerichtes Zürich hat sich ein Arbeitgeber im Bewerbungsverfahren gegenüber einer Bewerberin rassistisch geäußert. Dies allein genügt für das Vorliegen einer Persönlichkeitsverletzung. Für den Arbeitgeber bildeten zudem die Herkunft und die vermutete Religionszugehörigkeit der Bewerberin die Gründe, die Bewerberin vom Bewerbungsverfahren auszuschliessen; ihre fachlichen Qualifikationen wurden nicht überprüft. Damit liegen eine benachteiligende Ungleichbehandlung aufgrund der Herkunft und Religion der Bewerberin und damit auch eine Persönlichkeitsverletzung vor.

Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne⁸²⁷: Ein Waadtländer Gericht sprach einer ausschliesslich aufgrund ihrer Hautfarbe abgewiesenen Klägerin eine Entschädigung wegen schwerer Persönlichkeitsverletzung zu. Das Gericht stützte den Anspruch auf Art. 328 OR, der in casu vorwirkungsweise bereits im Anstellungsverfahren zur Anwendung komme.

- *Diskriminierung im Rahmen von Organisationsmitgliedschaften*: Von Bedeutung ist das zivilrechtliche Persönlichkeitsrecht etwa auch im Bereich des Vereins- und Gesellschaftsrechts. So stellt sich etwa die Frage, ob die diskriminierende Verweigerung einer Mitgliedschaft/Teilhabe, der diskriminierende Ausschuss von einer Mitgliedschaft/Teilhabe eine rechtswidrige Persönlichkeitsverletzung darstellt.

⁸²⁴ Für eine Übersicht zur Lehrmeinung siehe PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1315ff. Siehe weiter insbesondere AEBI-MÜLLER, Information, N 81; GEISER, Diskriminierung, 16ff.; GÖKSU, Rassendiskriminierung, N 219 ff.; TRACHSLER, Gleichbehandlung; ARNET, N 356; NAGUIB, Diskriminierungsschutz.

⁸²⁵ PÄRLI, Gleichbehandlung, insb. S. 484ff., zusammenfassend S. 621ff.

⁸²⁶ Urteil des Arbeitsgerichts Zürich vom 13. Januar 2006, AN 050401/U1. Vgl. zudem die eingehende Auseinandersetzung in PÄRLI, Gleichbehandlung, S. 484ff.

⁸²⁷ Jugement du 1 juin 2005, Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne T304.021563, siehe zu diesem Urteil auch PÄRLI, Anstellungsdiskriminierung, S. 23ff.

Anlehnend an die vorgängigen Überlegungen stellt nach der hier vertretenen Auffassung eine direkte oder indirekte Diskriminierung ein durch überwiegende Interessen zur rechtfertigender Eingriff in die Persönlichkeit der Diskriminierungs-betroffenen dar. Dabei steht einerseits das selbständige Recht, sich selbst als Person darzustellen bzw. zentrale Merkmale nicht Verbergen bzw. unterdrücken zu müssen im Fokus. Andererseits ist neben der psychischen Integrität auch das Recht auf wirtschaftliche Entfaltung im Zentrum. Somit ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob ein solcher Eingriff durch überwiegende Interessen gerechtfertigt werden kann oder nicht.

Im Jahre 2009 sorgte ein Entscheid des Nord-Ostschweizerischen Basketballverbandes ProBasket für grosses Aufsehen. Der Verband untersagte einer jungen Basketballerin mit irakischen Wurzeln unter Androhung von Sanktionen das Tragen eines Kopftuches während offiziellen Basketballspielen. Folglich musste sich die Spielerin entscheiden, ob sie auf die Teilnahme an Meisterschaftsspielen verzichten oder aber ihr Kopftuch, welches sie aus religiösen Gründen trägt, während der Spieldauer ablegen soll. Diese Benachteiligung stellt nach der hier vertretenen Auffassung eine Persönlichkeitsverletzung durch Diskriminierung dar. Betroffen ist das Recht auf Bewegungsfreiheit, bzw. das Recht, sich in irgendeiner Form sportlich betätigen zu können⁸²⁸. Durch Art. 28 ZGB ist aber auch geschützt, sich mit anderen auf adäquatem Niveau zu messen und dadurch Ruhm und Ehre oder wirtschaftliche Vorteile zu erlangen⁸²⁹. Dieser psychische Bereich beinhaltet auch das Recht, an Wettkämpfen teilnehmen zu können⁸³⁰. Demgegenüber ist ein überwiegendes privates Interesse nicht gegeben⁸³¹.

6.3 Grundsatz von Treu und Glauben⁸³²

Der offenbare Missbrauch eines Rechts stellt einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar und findet nach Art. 2 Abs. 2 ZGB im ganzen Bereich des Privatrechts keinen Rechtsschutz⁸³³. Rechtsmissbrauch ist typischerweise anzunehmen, wenn ein Rechtsinstitut oder eine rechtliche Befugnis zweckfremd verwendet wird oder wenn die mit der Rechtsausübung verfolgten Interessen im Verhältnis zu den damit verletzten Interessen eines Dritten nicht ernsthaft ins Gewicht fallen⁸³⁴. Missbrauch werden

⁸²⁸ Vgl. HAUSHEER / AEBI-MÜLLER, Sanktionen, S. 347f.; PHILIPP, S. 50; WÜEST, Basketball, S. 13.

⁸²⁹ PHILIPP, S. 50; WÜEST, Basketball, S. 13.

⁸³⁰ Vgl. SCHMID, S. 130.

⁸³¹ WÜEST, Basketball, S. 13f.

⁸³² Die folgenden Ausführungen übernehmen weitestgehende Originaltexte aus NAGUIB, Diskriminierungsschutz.

⁸³³ KLETT, S. 177.

⁸³⁴ HAUSHEER/JAUN, Die Einleitungsartikel des ZGB, Bern 2003, N 93/97 und N 125 zu Art. 2; THEO MEYER-MALY, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Basler Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Basel / Frankfurt / a. Main 1996, N 46f.; 55 zu Art. 2 ZGB.

kann nebst subjektiven Rechten auch ein ganzes Institut wie dasjenige der Vertragsfreiheit⁸³⁵. Somit kann auch das Recht, einen Vertrag abzuschliessen oder auch nicht, missbraucht werden⁸³⁶.

KLETT vertritt die Auffassung, dass das Institut der Privatautonomie missbraucht werde, wenn ein Vertragsschluss über eine öffentlich angebotene Leistung aus Gründen verweigert wird, die mit dem ökonomischen Ziel des Güterausstausches nicht in Zusammenhang stehen, d.h. zweckfremd sind. Nach ihr ist das Verbot des Rechtsmissbrauchs auf offensichtliche, stossende Fälle beschränkt⁸³⁷. Als Beispiel nennt sie den Boykott.

Nach ARNET verletzt die Ablehnung einer Offerte das Rechtsmissbrauchsverbot, wenn sie in rein schikanöser Absicht erfolgt oder zu einem krassen Missverhältnis zwischen dem Interesse des Interessenten am Vertragsabschluss und dem Interesse der Gegenpartei am Nichtabschluss des Vertrages führt⁸³⁸.

a. Diskriminierende Äusserungen

Ein zentraler Aspekt eines vertrauensorientierten Verhaltens zwischen (potentiellen) rechtlichen Partnern ist der Verzicht, sich diskriminierend zu äussern. So gebieten die Treu- und Glaubenspflichten den Verhandlungspartner, sich diskriminierender Äusserungen und Verhaltensweisen zu enthalten⁸³⁹. Dies gilt nicht nur im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens für eine Anstellung, sondern ebenso im Rahmen von Verhandlungen über anderweitige Vertragsabschlüsse (etwa über Güter, Dienstleistungen, Miete und Pacht). Die Pflichten gelten auch gegenüber Vertragspartnern, mit denen die diskriminierende Partei keinen Vertrag abschliessen möchte. Aus der Praxis erwähnenswert ist etwa der Fall vor Arbeitsgericht Zürich⁸⁴⁰.

Die Beklagte Y., eine Reinigungsfirma mit breit gefächertem Kundenprofil, reagierte auf eine über das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) vermittelte Bewerbung auf eine offene Teilzeit-Reinigungsstelle mit dem Hinweis, man wolle wegen der Kundschaft und dem Firmenprofil keine « Leute aus dem Balkan ». Auf Vorschlag ihrer RAV-Beraterin bewarb sich die Klägerin X., eine Schweizerin mazedonischer Abstammung, bei der Beklagten, was diese im Prozess bestreitet. Unbestritten ist die Meldung des RAV an Y. über

⁸³⁵ KRAMER, N 114 m.H. zu Art. 19-20 OR; vgl. auch JAUN, S. 473, und BGE 86 II 373 betreffend eines unerlaubten Boykotts.

⁸³⁶ KLETT, S. 177.

⁸³⁷ KLETT, S. 177.

⁸³⁸ ARNET, Kontrahierungszwang, S. 359.

⁸³⁹ Vgl. dazu etwa PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1271.

⁸⁴⁰ Siehe dazu PÄRLI, Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006 (ZH) Anstellungsdiskriminierung, ARV 2006, S. 23-26, insb. S. 24f.

das Interesse von X. an der fraglichen Stelle. In einer E-Mail vom 31. August 2004 teilte Y. dem RAV mit: « Wir stellen keine Leute aus dem Balkan ein und meine Firma verträgt solche Leute nicht, wie wir in der ganzen Schweiz auch nicht! (...) Kopftücher, Moslems etc. gehören nicht hier her! (...) Bin Stinksauer (sic), dass Sie nicht lesen können, dass wir keine Kopftücher einstellen (...). »

Fraglich ist, ob und inwiefern dem Schutzgehalt des Grundsatzes von Treu und Glauben im Rahmen von rassistischen bzw. anderweitig diskriminierenden Äusserungen ein zusätzliches, über den Persönlichkeitsschutz hinausgehendes Schutzpotential zukommt. Nach vorliegender Auffassung geht der Persönlichkeitsschutz weiter, hingegen könnte das Berufen auf den Grundsatz von Treu und Glauben aus prozessrechtlicher Perspektive hilfreich sein, so etwa um vom vereinfachten Verfahren vor Arbeitsgericht zu profitieren. Eine generelle Aussage lässt sich hierzu freilich nicht machen, da jeweils der spezifische Einzelfall anhand von rechtlichen und faktischen Umständen zu prüfen ist.

b. Diskriminierende Vertragsabschlussverweigerung

Aus der Perspektive des Diskriminierungsschutzes lässt sich eine diskriminierende Vertragsabschlussverweigerung als eine missbräuchliche (da schikanöse und zweckfremde) Handlung bezeichnen, sofern es dem Diskriminierer in erster Linie um eine Herabsetzung geht. So sind nach PÄRLI die Arbeitgeber bei Betreten des rechtlichen Parketts – etwa durch ein Stelleninserat – gehalten, Stellenbewerbende nicht allein aufgrund bestimmter Persönlichkeitsmerkmale vom Bewerbungsprozess auszuschliessen⁸⁴¹. Das diskriminierende Verhalten muss jedoch einen gewissen Schweregrad aufweisen, der sich negativ auf das Funktionieren des Rechtsverkehrs auswirkt. ARNET kommt zum Schluss, dass die Ablehnung einer Offerte dann rechtsmissbräuchlich sei, wenn ein krasses Missverhältnis der Interessen vorliegt⁸⁴².

Bei einem Verstoss gegen das Rechtsmissbrauchsverbot ergibt sich ein Anspruch auf Beseitigung, Schadenersatz und Genugtuung. Der Schadenersatzanspruch ist bei Dienstleistungs- und Warengeschäften auf den Vertrauensschaden beschränkt. Der Rechtsanspruch ergibt sich aus der anerkannten Rechtsfigur der culpa in contrahendo. Nach BGE 80 II 37 kann die willkürliche Ablehnung von Offerten, zu deren Stellung das Publikum öffentlich und vorbehaltlos aufgefordert wurde – etwa bei Massengeschäften – unter Umständen eine Ersatzpflicht aus culpa in contrahendo begründen. Interessant ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 2 ZGB im Zusammenhang mit Stellenbewerbungen. Demnach dürfen die Verhandelnden annehmen, dass sie es mit einem « redlich denkenden, sich loyal verhaltenden Partner zu tun » haben. Sie haben die Pflicht zu ernsthaftem Verhandeln, zur Rücksichtnahme, so etwa die Pflicht, den Verhandlungspartner nicht zu täuschen.

⁸⁴¹ PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1271; PÄRLI/CAPLAZI/ SUTER, S. 135.

⁸⁴² ARNET, Kontrahierungszwang, N 441ff.

Bei der Haftung aus c.i.c. handelt es sich um eine Haftung aus « erwecktem und enttäuschem Vertrauen ». Damit die Vertrauenshaftung greift, wird daher eine « Sonderbeziehung » vorausgesetzt, die aufgrund ihrer Beziehungsnähe vertragsähnlichen Charakter hat.

c. Diskriminierung während des Vertragsverhältnisses

Soweit während eines Vertragsverhältnisses Vertragsänderungen vorgenommen werden, treffen die Vertragsparteien hier die Pflichten zu einem Verhandeln nach Treu und Glauben⁸⁴³. Überdies kommt Art. 2 ZGB während des Vertragsverhältnisses in den Bereichen Bedeutung zu, in denen der Vertragspartner rechtliche Gestaltungsmacht zukommt. Dies betrifft etwa die Ausübung des Weisungsrechts der Arbeitgeberin und den Bereich freiwilliger, also nicht vertraglich vereinbarter Leistungen. So lässt sich aus Art. 2 ZGB auch die Verpflichtung ableiten, bei der Ausübung des Weisungsrechts und bei freiwilligen Leistungen die Mitarbeitenden nicht ohne sachliche Gründe ungleich zu behandeln⁸⁴⁴. Darüber hinaus stellt sich etwa auch die Frage, ob der Vermieter die Pflicht hat, im Rahmen des Grundsatzes von Treu und Glauben gegenüber allfälligen diskriminierenden Handlungen Dritter zu intervenieren⁸⁴⁵.

d. Diskriminierung bei Beendigung des Vertragsverhältnisses

Der Zusammenhang zwischen dem Recht einen Vertrag zu beenden und Art. 2 ZGB ist ein mehrfacher, so etwa im Zusammenhang mit dem Recht auf Kündigung von Anstellungsverhältnissen⁸⁴⁶. So ist es denn auch kein Zufall, dass beispielsweise im Arbeitsrecht und im Mietrecht der Grundsatz von Treu und Glauben zentraler Anknüpfungspunkt für die Missbräuchlichkeit bzw. Nichtigkeit von Kündigungen ist. Eine diskriminierende Kündigung privatrechtlicher Verträge verstösst nach der vorliegenden Meinung gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Unterstützung findet dies in Art. 336 OR Abs. 1 Bst. a OR, der eine « Eigenschaft, die der anderen Partei kraft ihrer Persönlichkeit zustehe (...) » zu den verpönten Kündigungsgründen zählt.

6.4 Grundsatz des Verbotes sittenwidrigen Verhaltens: Kontrahierungspflicht bei einer unternehmerischen Machtstellung⁸⁴⁷

⁸⁴³ Vgl. hierzu etwa PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1284.

⁸⁴⁴ STAEHELIN, Gleichbehandlung, S. 72.

⁸⁴⁵ Vgl. hierzu auch FRB-Rechtsratgeber.

⁸⁴⁶ Vgl. hierzu etwa ZOISS, S. 25ff.; VOEGELI, S. 101ff., HUMBERT, S. 5ff.; GEISER, Kündigungsschutz, S. 170; STREIFF, S. 334; STREIFF/VON KAENEL, N 2 zu Art. 336 OR.

⁸⁴⁷ Die folgenden Ausführungen übernehmen weitestgehend die Originaltexte aus NAGUIB, Diskriminierungsschutz.

In der Post-Entscheidung (BGE 129 III 35) hat das Bundesgericht einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens als eigenständige Grundlage einer Kontrahierungspflicht geschaffen⁸⁴⁸. Aus dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens sei eine Kontrahierungspflicht unter folgenden kumulativen Voraussetzungen abzuleiten: « Eine Kontrahierungspflicht auf dieser Grundlage setzt erstens voraus, dass ein Unternehmer seine Waren oder Dienstleistungen allgemein und öffentlich anbietet (...) Zweitens kann sich der Kontrahierungszwang nur auf Güter und Leistungen beziehen, die zum Normalbedarf gehören (...) Drittens kann ein Kontrahierungszwang nur angenommen werden, wenn dem Interessenten aufgrund der starken Machtstellung des Anbieter zumutbare Ausweichmöglichkeiten zur Befriedigung des Normalbedarfs fehlen. (...) Und viertens kann von einer Kontrahierungspflicht nur dann ausgegangen werden, wenn der Unternehmer keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die Verweigerung des Vertragsabschlusses anzugeben vermag »⁸⁴⁹.

Aus diesen Rechtsgrundsätzen ergibt sich, dass Unternehmen, die private Güter und Dienstleistungen, einer Allgemeinheit anbieten, Menschen auf diskriminierende Art und Weise von diesem Angebot ausschliessen, über den ordentlichen zivilrechtlichen Rechtsweg dazu gezwungen werden können, einen Vertrag abzuschliessen⁸⁵⁰. ARNET geht davon aus, dass in solchen Fällen ein Vertrag zustande gekommen ist und zivilprozessrechtlich direkt auf Erfüllung der Leistung geklagt werden kann⁸⁵¹. Nach der vorliegenden Auffassung betrifft dies sowohl die direkte als auch die indirekte Diskriminierung, da letztlich nicht die Struktur der Diskriminierung bzw. die dahinter stehende Absicht entscheidend ist, sondern das Bundesgericht mit dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens den fairen Zugang zu öffentlich angebotenen Gütern und Dienstleistungen des Normalbedarfs sicherstellen möchte.

6.5 Weitere privatrechtliche Bestimmungen

Das geltende Privatrecht verfügt über weitere Bestimmungen, die das Potential zum Schutz vor ein- oder mehrdimensionaler Diskriminierung in sich tragen. An dieser Stelle kann keine abschliessende Erörterung der Tragweite dieser Bestimmungen vorgenommen werden, hingegen sollen diese folglich im Telegrammstil aufgeführt werden.

- *Schutz vor missbräuchlicher Kündigung von Arbeitsverhältnissen* (Art. 336 OR): Der arbeitsrechtliche Kündigungsschutz gewährleistet Schutz vor missbräuchlicher Entlassung, etwa auf-

⁸⁴⁸ Vgl. dazu auch die Besprechung des Urteils des Bundesgerichts 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006 von PÄRLI, Verweigerter Abschluss einer Zusatzversicherung, HAVE 1/2007, S. 46-52, 51 f.; NAGUIB, Diskriminierungsschutzrecht ; EKR-Studie, Recht gegen rassistische Diskriminierung.

⁸⁴⁹ BGE 129 III 45, E. 6.3.

⁸⁵⁰ Vgl. hierzu auch das Beispiel zur privaten Zusatzversicherung in PÄRLI, Zusatzversicherung.

⁸⁵¹ ARNET, Kontrahierungszwang.

grund der Religionszugehörigkeit, der ethnischen Zugehörigkeit, der Hautfarbe, der sexuellen Orientierung und der fahrenden Lebensform.

- *Pflicht zur Beseitigung von Mängeln* (Art. 259a ff. OR): Die mietrechtlichen Mängelregelungen verpflichten Vermieter_innen bei wiederholten, schwerwiegend diskriminierenden Handlungen durch Nachbarn zu intervenieren, sofern dies zumutbar ist. Sie geben Mieter_innen ausserdem die Möglichkeit, ausserordentlich und fristlos zu kündigen bei extremen Umständen, die aufgrund diskriminierender Vorfälle nicht mehr zumutbar sind.
- *Untermiete* (Art. 262 OR): Mieter_innen können eine Mietwohnung mit Zustimmung des Vermieters ganz oder teilweise untervermieten. Eine diskriminierend motivierte Verweigerung der Zustimmung ist unrechtmässig.
- *Ungültigkeit diskriminierender Verfügungen von Todes wegen* (Art. 519 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB): Zwar dürfen Erblasser nach geltendem Erbrecht Pflichtteilberechtigte ungleich behandeln, hingegen darf diese Ungleichbehandlung nach vorliegender Auffassung nicht diskriminierender Natur sein. So ist eine Verfügung von Todes wegen auf erhobene Klage vom zuständigen Gericht für ungültig zu erklären, wenn ihr Inhalt oder eine ihr angefügte Bedingung unsittlich oder rechtswidrig – z.B. persönlichkeitsverletzend wegen Diskriminierung – ist.
- *Auflösung eines Vereins bei willkürlichem oder widerrechtlichem Vereinszweck* (Art. 78 ZGB): Verfolgt ein Verein einen widerrechtlichen Vereinszweck – etwa durch diskriminierende Vereinstätigkeiten – erfolgt die Auflösung durch das Gericht auf Klage der zuständigen Behörde oder eines Beteiligten.

6.6 Wirkung und Wirksamkeit des allgemeinen privatrechtlichen Schutzes vor Diskriminierung

a. Elemente der Kritik

Zur Bedeutung des allgemeinen Privatrechts im Bereich der Bekämpfung ethnisch-kultureller und anderweitiger Diskriminierung lassen sich keine rechtssoziologischen Daten finden. Hingegen gibt es mittlerweile eine durchaus beachtliche Anzahl von Beiträgen, welche auf verschiedene prinzipiellen Schwächen des Privatrechts hinweisen betreffend deren diskriminierungsschutzrechtliche und -tatsächliche Wirkung. Die Aussagen beruhen auf einer kursorischen qualitativen Analyse von empirischen Beratungsfällen und werden durch rechtsvergleichende Daten ergänzt, etwa zum Gleichstellungsgesetz, zum Behindertengleichstellungsgesetz sowie zu ausländischen Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsgesetzen.

Die Stärken und Schwächen des geltenden Rechts können jeweils nur themen- bzw. problemspezifisch vorgenommen werden. So gibt es etwa Unterschiede in der Mobilisierung des Rechts durch die von Dis-

kriminierung Betroffenen betreffend die Bereiche Erwerbsleben und Dienstleistungen⁸⁵². So werde das geltende Recht den Ansprüchen einer fairen und effektiven Diskriminierungsbekämpfung nicht gerecht. Die fehlenden ausdrücklichen Diskriminierungsverbote im Privatrecht und die relativ niedrigen Sanktionsandrohungen verunsichern die Betroffenen und erzielen keinen oder nur einen schwachen Abschreckungseffekt. Auch würden zahlreiche Rechtswegbarrieren die Durchsetzung der Gesetze mindern. Dazu gehören etwa die Unbekanntheit des Rechts, das Kostenrisiko, die Beweisproblematik, die unsympathisch wirkenden Gerichtsverfahren, die Angst vor negativen Konsequenzen sowie unangemessene und unsichere Rechtsfolgen. Insgesamt betrachtet seien sowohl der Anreiz zur Leistung von Präventionsarbeit in Unternehmen als auch die Stärkung von Diskriminierten zur Beschreitung des Rechtsweges gering.

Die Probleme bilden sich in Statistiken und Untersuchungen ab. Im Arbeitsrecht sind gerade mal fünf rechtskräftige Fälle bekannt. Beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen kam es zwischen 1995 und 2008 zu 16 Strafverfahren, wovon drei in Schuldsprüchen endeten. Im Mietrecht sind auch keine Fälle bekannt, auch nicht im Bereich der Privatversicherungen. « Dem Diskriminierenden macht diese Bilanz keinen Eindruck »⁸⁵³, so zeige sich bei Umfragen immer wieder, dass Arbeitgeber_in, Vermieter_in und Dienstleister_in tatsächlich der Auffassung seien, Diskriminierungen seien im Grundsatz zulässig, da sie von der Vertragsfreiheit erfasst würden. Auch die tripartite Agglomerationskonferenz weist auf die entsprechenden Defizite hin⁸⁵⁴. Zudem ist auch der in dieser Sache in der Regel eher zurückhaltend agierende Bundesrat relativ deutlich, indem er festhält, dass trotz einer schwerpunktmässigen Konzentration auf das geltende Recht zugegeben werden müssen, dass das geltende Recht kaum genutzt werde.

Die kritischen Anmerkungen betreffen zusammenfassend die folgenden Elemente⁸⁵⁵:

- *Hierarchisierung als Gerechtigkeitsdefizit*: Das geltende Privatrecht wird als in sich hierarchisierend und teilweise gar diskriminierend bezeichnet. Während einzelne Diskriminierungsdimensionen wie das Geschlecht und die Behinderung vom Antidiskriminierungsrecht explizit erfasst würden, seien andere (z.B. Alter, soziale Stellung, ethnisch-kulturelle Dimension, sexuelle Orientierung) gänzlich vom expliziten privatrechtlichen Diskriminierungsschutz ausgeschlossen. Weiter sind auch bestehende Antidiskriminierungsgesetze in ihrem Anwendungsbereich beschränkt.
- *Wirksamkeitsdefizite*: Befolgung und Inanspruchnahme des Privatrechts sind schwach. Die Gründe liegen insbesondere bei der mangelhaften Transparenz, der einseitigen Interpretation der

⁸⁵² Vgl. hierzu etwa die Äusserungen von NAGUIB, Diskriminierungsschutz, S. 1012f.; PARLI, Gleichbehandlung.

⁸⁵³ NAGUIB, Plädoyer.

⁸⁵⁴ Siehe vorne, a.a.O.

⁸⁵⁵ Zum Ganzen siehe etwa NAGUIB, Antidiskriminierungsrecht im Vergleich.

Vertragsfreiheit, den kaum abschreckenden Sanktionen, dem mangelhaften Wissen über das Recht, dem hochschwelligem Rechtsweg, der damit verbundenen Beweisführungsproblematik, den relativ schwachen Beratungsstrukturen und dem Kostenrisiko.

- *Legistische Inkohärenz*: Das geltende Antidiskriminierungsrecht im Verhältnis zwischen Privaten wird als politisch zufällig bzw. legislativ inkohärent und rechtstheoretisch unreflektiert bezeichnet.
- *Effizienzangel*: Schliesslich wird vereinzelt auch darauf hingewiesen, dass der relativ schwache Diskriminierungsschutz auch gesamtgesellschaftliche Kosten verursacht.

b. Lösungsansätze

Bei der Suche nach Lösungsansätzen wird in der Regel auf bereits Bewährtes hingewiesen, dies selbstverständlich mit dem Vorbehalt einer vorgängig vorzunehmenden genauen Analyse der Rechtswirklichkeit⁸⁵⁶. So finde sich die Lösung einer Verbesserung des Diskriminierungsschutzrechts nicht blauäugig in einer konzeptlosen Verankerung von Diskriminierungsverboten im Strafrecht, Zivilrecht und Verwaltungsrecht. Vielmehr sollen die sich bewährten Vorteile der bestehenden Rechtsnormen genauer analysiert werden und geprüft werden, inwiefern sie sich auch auf andere Diskriminierungsmerkmale beziehungsweise deren spezifische Problemkonstellationen übertragen lassen. Zentral sei dabei, die Bedürfnisse Betroffener und das Präventionsinteresse ins Zentrum zu stellen. Diese wünschten eine einfache und wirksame Durchsetzung des Diskriminierungsverbots, in erster Linie durch Unterlassung und in zweiter Linie durch Beseitigung und Wiedergutmachung einer Diskriminierung. Bestrafung spiele eine eher untergeordnete Rolle.

Ausdrückliche Diskriminierungsverbote im Zivilrecht würden die Rechtssicherheit deutlich verbessern. Ein Verbandsklagerecht ermögliche die Durchsetzung des Rechts gerade dort, wo sich Menschen aus Angst und Unsicherheit nicht getrauen oder aus Opportunitätsüberlegungen es als nicht sinnvoll erachten, den Rechtsweg zu beschreiten. Niederschwellige und nicht kontradiktorisch sondern kooperativ ausgerichtete Streitbeilegungsmechanismen erleichtern das Beschreiten des Rechtsweges und sind eine wirksame Ergänzung zu den Gerichtsverfahren. Die Beweislast erleichterung unterstütze Betroffene und Gerichte in der Aufdeckung von Diskriminierungssachverhalten. Explizite, bedürfnisgerechte und abschreckende Rechtsfolgen machten den Rechtsweg attraktiver. Ergänzend seien auch innovative Ansätze im Ordnungsrecht und im wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Strukturrecht denkbar.

⁸⁵⁶ Hier etwa EKR, Recht gegen rassistische Diskriminierung; NAGUIB, Diskriminierungsschutz.

Trotz der Notwendigkeit der verstärkten Verankerung von Diskriminierungsverboten und deren Durchsetzung lasse sich das Diskriminierungsproblem mit dem Recht kaum befriedigend lösen. Entscheidend seien auch Beratungsstellen. So zeigt denn die Evaluation des Gleichstellungsgesetzes sowie die Kritik am Behindertengleichstellungsgesetz, dass eine wirksame Beratungsstruktur notwendig sei⁸⁵⁷.

7. Allgemeines öffentliches Recht

7.1 Willkürverbot (Art. 9 BV, Art. 11 Abs. 1 KV-BE)

Einer der elementarsten Gehalte des Grundrechtsschutzes der Bundesverfassung⁸⁵⁸ und ebenso desjenigen der Verfassung des Kantons Bern ist das Willkürverbot. Alltagssprachlich bedeutet Willkür für die Betroffenen unverständliches, nicht nachvollziehbares, durch keine vernünftigen Argumente getragenes Verhalten der Behörden⁸⁵⁹. Rechtlich bedeutet Willkür nach AUBERT « blosse(r) Wille, der keiner äusseren Vorschrift gehorcht »⁸⁶⁰. Gemäss Bundesgericht⁸⁶¹ sind staatliche Akte willkürlich, wenn sie nicht sachlich begründbar sind, sinn- und zwecklos erscheinen⁸⁶², höherrangiges Recht krass verletzen oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderlaufen. Das Willkürverbot schütze in seiner materiellen Dimension vor elementarer Ungerechtigkeit⁸⁶³, so wenn die Rechtfertigung einer Handlung in keinem relevanten Zusammenhang zur konkreten Problemstellung steht⁸⁶⁴.

Das Willkürverbot steht in engem Zusammenhang mit dem Diskriminierungsverbot bzw. dem allgemeinen Gleichheitssatz. Diskriminierung ist letztlich ein willkürlicher Akt. Sowohl im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes bzw. der Diskriminierungsverbote als auch des Willkürverbots verlangt das Bundesgericht « ernsthafte sachliche Gründe » zur Rechtfertigung eines staatlichen Akts. Seit der Totalrevision der Bundesverfassung 1999 haben der Rechtsgleichheitssatz und das Willkürverbot jedoch je ih-

⁸⁵⁷ Vgl. hierzu Evaluation GIG; zudem hinten, a.a.O.

⁸⁵⁸ MÜLLER, in: Kommentar BV, Art. 4 (1995), Rz. 49; WEBER-DÜRLER, Die Rechtsgleichheit in ihrer Bedeutung für die Rechtsetzung, Diss. Bern 1973, S. 168f.

⁸⁵⁹ THÜRER, Das Willkürverbot nach Art. 4 BV; ZSR 1987 II, S. 423ff.; G. MÜLLER, in: Kommentar BV, Art. 4 (1995), Rz. 48f.

⁸⁶⁰ AUBERT, Willkürverbot und Vertrauensschutz als Grundrechte, in: Handbuch, § 228, Rz. 1.

⁸⁶⁰ AUBERT, Willkürverbot und Vertrauensschutz als Grundrechte, in: Handbuch, § 228, Rz. 1.

⁸⁶¹ Dazu die Übersicht bei UHLMANN, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Bern 2005, Rz. 15ff.

⁸⁶² Statt vieler BGE 110 Ia 7 E. 2b S. 13; 108 Ia 295 E. 2a S. 297.

⁸⁶³ MAX IMBODEN, der Schutz vor staatlicher Willkür (1945), in: Ders. (Hrsg.), Staat und Recht, Basel/Stuttgart 1971, S. 156.

⁸⁶⁴ Hierzu insbesondere MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 6. Aus der Rechtsprechung siehe zudem unter vielen BGE 104 Ia 187 ff.; 37 I 28 E. 3 S. 33; 37 I 238ff.

re eigenständigen Normbereiche⁸⁶⁵. Die Bundesverfassung löste das Willkürverbot von seiner Bindung an die Rechtsgleichheit und verankerte es in Art. 9 als selbständiges Grundrecht⁸⁶⁶. Verfassungsrechtlich kommt dem Willkürverbot dann keine selbständige Bedeutung zu, wenn ein Erlass oder eine Verfügung eine Differenzierung zwischen verschiedenen Personengruppen oder Sachverhalten vornimmt⁸⁶⁷; hier kommen vielmehr der Rechtsgleichheitssatz bzw. die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote zur Anwendung.

Zwar richtet sich das in BV und KV BE verankerte Willkürverbot an den Staat. Willkürliches Handeln kann jedoch auch durch Private vorkommen, ist hingegen aufgrund der Privautonomie im Grundsatz zulässig⁸⁶⁸. Hingegen weil Diskriminierung nach der vorliegenden Auffassung einen Verstoß gegen das geltende Privatrecht darstellt und zudem im Rahmen diskriminierender Leistungsverweigerungen wegen der Rasse, Ethnie und Religion auch einen Verstoß gegen das Strafrecht darstellt, wäre zu prüfen, ob und inwiefern ein Willkürverbot auch unter Privaten Wirksamkeit entfalten kann, so etwa im Rahmen eines ordnungsrechtlichen Willkürverbotes.

7.2 Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 BV, Art. 11 Abs. 2 KV-BE)

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist ein überdachendes Prinzip der gesamten Rechtsordnung⁸⁶⁹. Nach der Bundesverfassung und der Kantonsverfassung des Kantons Bern ist der Schutz von Treu und Glauben gewährleistet. Treu und Glauben im Sinne von Art. 9 BV besitzt grundrechtlichen Charakter und steht selbständig neben dem Grundsatz von Art. 5 Abs. 3 BV oder dem Vertrauensprinzip, wie es sich etwa im Verwaltungsrecht und im Privatrecht entwickelt hat. Neben dieser grundrechtlichen Garantie bringt die Bundesverfassung in Art. 5 Abs. 3 den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben zum Ausdruck, der sich sowohl an Private wie auch an Behörden richtet.

In seiner spezifisch grundrechtlichen Ausgestaltung verleiht der Grundsatz von Treu und Glauben dem Einzelnen einen Anspruch auf Schutz des berechtigten Vertrauens in behördliche Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden. Dieser Vertrauensschutz ist justiziabel und kann ohne Ausgestaltung durch den Gesetzgeber von den rechtsprechenden Behörden unmittelbar angewendet werden. Trifft der Private im Vertrauen auf das behördliche Verhalten Dispositionen, die ihm zum Nachteil gereichen, wenn der Staat nachträglich einen abweichenden Standpunkt ein-

⁸⁶⁵ Siehe hierzu etwa BGE 132 V 273 E. 4 S. 276; 131 I 313 E. 3.2 S. 216; 129 I 1 E. 3 S. 3; 132 I 157 E. 4.1 S. 163; 116 Ia 113 E. 2c S. 116; 117 Ia 97 E. 3d S. 194. Aus der Lehre siehe zudem MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 15.

⁸⁶⁶ Zum Zusammenhang und zur Geschichte siehe UHLMANN, Rz. 93 ff.; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 333.

⁸⁶⁷ Vgl. hierzu MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 15f.; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER II, Rz. 1133.

⁸⁶⁸ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

⁸⁶⁹ CHIARIELLO, Treu und Glauben, S. 233.

nimmt; und erscheint die Vertrauensposition aufgrund der Abwägung zwischen dem privaten Vertrauensinteresse des Bürger mit dem allenfalls entgegenstehenden öffentlichen Interesse als gewichtiger, führt dies zu verschiedenen möglichen Rechtswirkungen. Diese reichen von der Bindung staatlicher Organe an die von ihnen geschaffene Vertrauensgrundlage, über die Wiederherstellung verpasster Rechtsmittelfristen und die Bildung von Übergangsregelungen bis hin zur Entschädigung. Aus dem Grundrechtsgehalt von Treu und Glauben darf dem Betroffenen jedenfalls kein Nachteil aus dem Vertrauen enttäuschenden Verhalten der Behörden erwachsen. So wäre etwa zu prüfen, ob eine diskriminierende staatliche Handlung in diesem Sinne auch einen Verstoss gegen das Grundrecht von Treu und Glauben darstellt. Für den Schutz vor Diskriminierung durch den Staat lässt sich daraus freilich keine eigenständigen materiellen Gehalt herauskristallisieren.

Viel interessanter ist hingegen die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verhältnis zwischen Privaten sowie die daraus möglicherweise resultierenden staatlichen Interventionsmöglichkeiten. Klar ist, dass der Grundsatz von Treu und Glauben zwischen Staat und Bürger sich nicht einfach auf das Verhältnis zwischen Privaten übertragen lässt. Doch verlangt der in Art. 2 ZGB verankerte Grundsatz von Treu und Glauben in rechtserheblichen Beziehungen zwischen Rechtsteilnehmern, dass « jeder (...) auch die Interessen des anderen bedenken und erwägen (muss), was der andere berechtigterweise von ihm erwarten darf »⁸⁷⁰. Wie bereits weiter vorne erläutert, können Diskriminierungshandlungen im Rahmen privatrechtlicher Beziehungen (wie z.B. im Rahmen von Verträgen oder bei der Anbahnung von Verträgen) einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben darstellen.

Der Grundsatz von Treu und Glauben hat sowohl im öffentlichen Recht als auch im Privatrecht seine jeweils spezifische Ausprägung. Interessant ist nun die Frage der Verwobenheit zwischen den beiden Grundsätzen, die sich etwa darin zeigt, dass ein der Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (privater Natur) als polizeisches Schutzgut angesehen wird. So wird denn etwa regelmässig in ordnungsrechtlichen Gesetzen festgehalten, dass Verstösse gegen den Grundsatz von Treu und Glauben auch eine ordnungsrechtliche Intervention nach sich ziehen können. Zwar beschränkt sich der Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auf den Schutz der Bevölkerung vor Ausbeutung und Täuschung durch unlautere Geschäftspraktiken⁸⁷¹. Doch hat der Grundsatz von Treu und Glauben im Ordnungsrecht nach vorliegender Auffassung ein interessantes diskriminierungsschutzrechtlichen Potential, das es verdient, einer vertieften Prüfung unterzogen zu werden. So stellt m.E. ein Verstoss gegen den privatrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben durch eine Diskriminierungshandlung möglicherweise auch einen

⁸⁷⁰ EGGGER, in: Züricher Kommentar 1978, Art. 2 ZGB, Rn. 2.

⁸⁷¹ Vgl. hierzu TSCHANNEN/ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 465. Beispiele solcher Gesetzgebung sind etwa Regelungen im Bereich der Gewerbepolizei, Vorschriften über die Preisbekanntgabe an Konsumentinnen und Konsumenten und die Gesetzgebung über das Aufstellen von Spielapparaten.

Verstoss gegen den ordnungsrechtlichen Grundsatz von Treu und Glauben, der – sofern gesetzlich vorgesehen – eine entsprechende ordnungsrechtliche Intervention nach sich zieht.

7.3 Polizeiliche Generalklausel (Schutz der öffentlichen Ordnung und Sicherheit)

a. Öffentliche Ordnung und Sicherheit

Ein weiterer Anknüpfungspunkt an allgemeine Begriffe des öffentlichen Rechts mit möglicherweise impliziter, diskriminierungsschutzrechtlicher Bedeutung sind die Polizeigüter der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit. Das polizeiliche Schutzgut der « öffentlichen Ordnung und Sicherheit » ist Oberbegriff der einzelnen polizeilichen Schutzgüter⁸⁷² und umfasst alle Regeln, die nach der jeweils herrschenden Ansicht für das geordnete Zusammenleben der Privaten unterlässlich sind (öffentliche Ordnung) sowie die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung, der Rechtsgüter des Einzelnen (Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Ehre usw.) (öffentliche Sicherheit)⁸⁷³. Öffentliche Ordnung und Sicherheit dienen dem gedeihlichen Zusammenleben und unterliegen einem politisch-gesellschaftlichen Wandel.

Die Gewährleistung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit obliegt den staatlichen Polizeibehörden, so etwa der Sicherheitspolizei und der Kriminalpolizei, aber ebenso der Baupolizei, Gesundheitspolizei und Gewerbepolizei. Im Kern handelt es sich um ordnungsrechtliche Aufgaben, die durch die Sicherheitspolizei oder anderweitige polizeiliche Behörden mit jeweiliger Aufsichtsfunktion über unternehmerische, berufliche oder anderweitige Tätigkeiten, die aufgrund der potentiellen Gefahr der Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit der Aufsicht bzw. polizeilichen Gewalt unterstellt sind.

b. Ermächtigungsgrundlage

Polizeiliches Handeln zwecks präventiver und/oder repressiver Gewährleistung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit beruht entweder auf einer expliziten gesetzlichen Ermächtigung bei einer Störung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit zu intervenieren, oder auf einer Ermächtigung durch die polizeiliche Generalklausel. Die polizeiliche Generalklausel wirkt hier als Surrogat der gesetzlichen Grundlage. So trifft etwa gemäss Polizeigesetz des Kantons Bern die Polizei « auch ohne besondere gesetzliche Grundlage aufschiebbare Massnahmen, um eingetretene, ernste Störungen oder unmittelbar drohende, ernste Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu beseitigen oder abzuwehren » (Art. 22 PolG-BE).

Im Gegensatz zur gesetzlichen Ermächtigung ist der Rückgriff auf die polizeiliche Generalklausel nur zulässig, wenn (kumulativ) es eine schwere und unmittelbare Gefahr von Polizeigütern abzuwenden gilt

⁸⁷² HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 2433.

⁸⁷³ TSCHANNEN/ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 464.

oder eine bereits eingetretene schwere Störung solcher Güter zu beseitigen ist (1), die zeitliche Dringlichkeit gegeben ist (2) und keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung stehen (3).

c. Öffentliche Ordnung und Sicherheit als Schutzgut mit diskriminierungsschutzrechtlicher Perspektive

Aus diskriminierungsschutzrechtlicher Perspektive ist nun zu prüfen, ob eine Diskriminierungshandlung durch einen Unternehmer eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit bedeutet. Zwar erscheint dies auf den ersten Blick als gar weit hergeholt. Doch lässt sich mit guten Gründen die These vertreten, dass etwa bei klaren Verstössen gegen das geltende Recht (wie z.B. das strafrechtliche Verbot der Rassendiskriminierung, und allenfalls auch bei Verstössen gegen die privatrechtlichen Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffe) auch eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit vorliegen kann; zumindest kann dies nicht von vorneherein prinzipiell ausgeschlossen werden.

So wurde beispielsweise in Deutschland auf die Bedeutung der polizeilichen Generalklausel bei diskriminierenden Äusserungen im öffentlichen Raum durch Unternehmen hingewiesen⁸⁷⁴. Ein Gastwirt hatte in die Eingangstür ein Schild aufgehängt: « Ausländer unerwünscht », ein anderer hatte in menschenverachtender Form das vor dreissig Jahren in Deutschland gängige Verbot für Hunde « Wir müssen draussenbleiben » mit dem Hinweis auf « Türken und Homosexuelle » versehen⁸⁷⁵, in England etwas harmloser «Sorry, no travellers»⁸⁷⁶. Solche Schilder wurden in Deutschland mit ordnungsbehördlichen Verfügungen beseitigt, weil sie eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung darstellten; die persönliche Zuverlässigkeit des Gastwirts wurde einer Kontrolle unterzogen.

Nach geltendem Deutschen Gewerberecht gilt der Grundsatz, dass ein/e Gewerbetreibende/r die für das konkrete Gewerbe erforderliche Zuverlässigkeit besitzen muss, da der Öffentlichkeit anderenfalls Gefahren drohen können⁸⁷⁷. Nach herrschender Lehre⁸⁷⁸ ist unzuverlässig, wer « nach dem Gesamtbild seines Verhal-

⁸⁷⁴ UDO DI FABIO, Differenzierte Freiheit und verbotene Diskriminierung, Rede auf der Deutsch-Niederländischen Juristenkonferenz, <http://www.deutsch-niederlaendische-juristenkonferenz.de/Rede.pdf> (Zugriff: 23. November 2010).

⁸⁷⁵ Dazu (namentlich auch zu völkerrechtlichen Bindungen, die bis hinein in das Polizeirecht wirken) KÜHNER, NJW 1986, 1397 ff. Zur Unterscheidung zwischen einem Angriff auf die Menschenwürde und « blosser » Diskriminierung: OLG Frankfurt, NJW 1985, S. 1720.

⁸⁷⁶ Court of Appeal London, EuGRZ 1988, S. 488f.

⁸⁷⁷ Diese Voraussetzung der Zuverlässigkeit findet sich in den zentralen Untersagungsnormen (§§ 35, 59 i.V.m. § 57, § 70a GewO und §§ 15 Abs. 1, 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG), sowie dort, wo die gewerbliche Tätigkeit eine Erlaubnis voraussetzt, wie z.B. im Gaststättengesetz (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG, § 13 Abs. 1 Nr. 2 PBefG).

⁸⁷⁸ In Deutschland: überwiegende Meinung.

tens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt »⁸⁷⁹. Die Unzuverlässigkeit bezieht sich auf die aktuellen und zukünftig drohenden Gefahren. Sie bezweckt die Beseitigung gegenwärtiger und die Gewährleistung der Unterlassung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Entscheidung über die Unzuverlässigkeit ist soweit sie die Zukunft betrifft also eine Prognoseentscheidung, wobei Fehlverhalten in der Vergangenheit Grundlage dieser Prognose ist, soweit aus ihm auf die Zukunft geschlossen werden kann und ein Bezug zum Gewerbe und damit zur gewerberechtlichen (Un-)Zuverlässigkeit besteht.

Zutreffend ist, dass der Rechtsverstoss alleine noch nicht für eine gewerberechtliche Intervention ausreicht. Vielmehr bedarf es aufgrund der weit reichenden Konsequenzen einer stichhaltigen Prognoseentscheidung. Blosser Zweifel an der zukünftigen Zuverlässigkeit reichen nicht aus⁸⁸⁰. Ebenso wenig muss ein späteres Fehlverhalten aber gewiss sein oder unmittelbar bevorstehen⁸⁸¹. Gemäss § 35 Abs. 1 S. 1 GewO muss die Gefahr zukünftigen schädigenden Tuns nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge wahrscheinlich sei. Der Prognose liegen in der Regel keine empirischen Erkenntnisse, sondern Alltagsplausibilitäten zugrunde⁸⁸². Dabei wird grundsätzlich von der Wiederholungswahrscheinlichkeit beobachteten Fehlverhaltens ausgegangen⁸⁸³. Es gilt der rechtsstaatliche Grundsatz, dass die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung umso geringer sein kann, je höher ein potenziell drohender Schaden wäre⁸⁸⁴.

Daraus ergibt sich, dass sich die Unzuverlässigkeit sowohl aus einem gravierenden als auch aus vielen kleineren Verstössen, die für sich genommen zur Feststellung der Unzuverlässigkeit nicht ausreichen würden, ergeben kann⁸⁸⁵. Ausreichen dürfte es danach, wenn ein/e Gewerbebetreibende/r sich weigert, ein Schild zu entfernen, das die Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt⁸⁸⁶. Bei verdeckten diskriminierenden Zurückweisungen unter dem vorgetäuschten Hinweis fehlender Kapazitäten und bei mittelbaren Benachteiligungen wird man dagegen verlangen müssen, dass die einzelnen Vorfälle « gleichsam als Kette negativer Faktoren » eine erhebliche Ordnungsstörung darstellen. Dies gelte erst recht, wenn die/der Gewerbebetreibende das diskriminierende Verhalten trotz behördlicher Abmahnung fortsetzt⁸⁸⁷. Ebenso von Be-

⁸⁷⁹ Ständige Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 2. Februar 1982, BVerwGE 65, S. 1f.), die in der Literatur allgemeine Anerkennung findet.

⁸⁸⁰ TETTINGER/Wank-Tettinger, Gewerbeordnung – Kommentar, 7. Auflage, 2004, § 35 GewO, Rn. 30.

⁸⁸¹ Urteil des BVerwG vom 12. Juli 1973 (DVBl. 1973, S. 857, 859).

⁸⁸² EIFERT, JuS 2004, S. 565, 568.

⁸⁸³ KLOSE, Gewerberecht, S. 27.

⁸⁸⁴ Beschluss des VG Mannheim vom 26. Juli 1993 (NVwZ-RR 1994, S. 20).

⁸⁸⁵ METZNER, GastG, 6. Aufl. 2002, § 1 Rn. 80.

⁸⁸⁶ LOHSE, NJW 1985, S. 1677, 1681.

⁸⁸⁷ Rudolf/Mahlmann-KLOSE, Gleichbehandlungsrecht- Handbuch, 2007, Kapitel 6, Rn. 191.

deutung für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr ist die innere Einstellung des Gewerbetreibenden⁸⁸⁸ sowie allfällige entschuldigende, verharmlosende, rechtfertigende Äußerungen.

Abschliessend lässt sich festhalten, dass eine diskriminierende Handlung, die gegen geltendes schweizerisches Straf- und oder Privatrecht verstösst, auch einen Verstoss gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit im Sinne des schweizerischen Polizeirechts bedeuten kann. Ein solcher Verstoss liegt vermuthungsweise dann vor, wenn er auf systematische Art und Weise begangen wird. Ebenso liegt ein Verstoss vor, wenn dadurch Spannungen zwischen Angehörigen der betroffenen Bevölkerungsgruppe und der diskriminierenden Seite entstehen. Auf der Basis der geltenden gesetzlichen Grundlagen liesse sich dann eine Intervention rechtfertigen. Eher abzulehnen ist hingegen eine Intervention auf der Grundlage der polizeilichen Generalklausel, da es in der Regel wohl an der schwere der Gefahr und/oder an der zeitlichen Dringlichkeit mangelt, lassen sich doch derartige Rechtsverstösse durch Diskriminierung etwa durch Einleiten ordentlicher Rechtsverfahren beheben. Anders wäre die Situation etwa bei zeitlicher Dringlichkeit, wenn beispielsweise eine dringende juristische Beratung verweigert wird.

8. Allgemeines Strafrecht

Neben dem strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung sind eine bedeutende Anzahl weiterer Strafnormen bei ethnisch-kulturellen Diskriminierungen von Bedeutung.

C. Fördermassnahmen

Eine umfassende Darstellung der positiven Massnahmen zur Beseitigung struktureller Problemfelder und zur Herstellung materieller Chancengleichheit im Bereich ethnisch-kultureller Diskriminierung ist im Rahmen des vorliegenden Auftrages nicht möglich. Die folgenden Informationen konzentrieren sich daher auf die rechtlichen Rahmenbedingungen, die beim Ergreifen von positiven Massnahmen berücksichtigt werden müssen. Zentral sind dabei zwei Fragen: einerseits bedarf es der Klärung der Zulässigkeit positiver Massnahmen, andererseits ist zu prüfen, ob und inwiefern eine Pflicht zum Ergreifen positiver Massnahmen vorliegt.

Nach einer Klärung des Begriffes der positiven Massnahmen und anderweitiger Fördermassnahmen werden Schutzrichtung (1), die völkerrechtlichen (2) und die verfassungsrechtlichen (3) Voraussetzungen für das Ergreifen positiver Massnahmen sowie die Tragweite der Verpflichtungen zum Ergreifen positiver Massnahmen näher beleuchtet. Weil bis anhin insbesondere auf verfassungsrechtlicher Ebene keine abschliessende Klarheit gefunden werden konnte, soll in Teil 4 ein rechtsvergleichender EU-rechtlicher Sei-

⁸⁸⁸ KLOSE, Gewerberecht, S. 28.

tenblick gesucht werden. Abschliessend werden die zentralen gesetzesrechtlichen Bestimmungen auf Ebene Bund und Kanton Bern dargestellt (5).

1. Begriff, Schutzrichtung

Neben der Verankerung eines Schutzes vor Diskriminierung i.e.S. – im Sinne eines Verbotes der direkten und indirekten Diskriminierung – ist es unumstritten, dass es für die Herstellung tatsächlicher (symmetrischer) Chancengleichheit den Abbau von asymmetrischen Verhältnissen beim Zugang zu ökonomischen, kulturellen, sozialen und politischen Ressourcen bedarf. Dies bedeutet einerseits die Förderung von persönlichen Ressourcen der von Benachteiligung und Diskriminierung Betroffenen – wie z.B. die Herstellung der finanziellen Sicherheit, die Erhöhung des individuellen Bildungskapitals⁸⁸⁹ und die Förderung sozialer Netzwerke⁸⁹⁰. Andererseits umfasst dies den Abbau von Diskriminierungen und Benachteiligung beim Zugang zu Ressourcen – wie z.B. Diskriminierungen und Benachteiligungen beim Zugang zum Erwerbsleben und diskriminierenden Bewertungen von Schulübertritten⁸⁹¹.

Die Gründe asymmetrischer Verhältnisse sind in diskursiven, kognitiven und ressourcenbezogenen Strukturen bzw. deren interdependente Verwobenheit zu verorten. So lässt sich etwa Diskriminierung beim Zugang zu Ausbildungsstellen für Jugendliche bestimmter Herkunft auf alle Ebenen zurückführen, die sich gegenseitig negativ beeinflussen. Dabei muss der jeweilige Ausgangspunkt (d.h. der ursprüngliche Grund der Diskriminierung) – bzw. die Frage nach dem Huhn (oder: den Hühnern) und dem Ei (oder den Eiern) – aufgrund der Komplexität der Verwobenheit dahingestellt bleiben.

Beispielsweise ist es eine Tatsache, dass Jugendlichen bestimmter Herkunft der Zugang zur Ressource Arbeit auf diskriminierende bzw. benachteiligende Art und Weise verwehrt wird, was u.a. auf mangelhafte Ressourcen kultureller, ökonomischer und sozialer Natur zurückgeführt werden kann (ressourcenbezogene Strukturen). Dies wiederum gründet (auch) in den stereotypen Vorstellungen der Arbeitgeber_innen (kognitive Strukturen) und wird vom stereotypen Diskurs des « problematischen Jugendlichen » beeinflusst. Hier verbinden sich die Ebenen der strukturellen und diskursiven und selbstidentifikatorischen Diskriminierungsfaktoren⁸⁹².

Antidiskriminierungsrecht versteht sich also nicht nur als formelles Gleichheitsrecht, sondern richtet sich auch am materiellrechtlichen Gleichheitsverständnis aus. Das bedeutet, dass es konkrete Diskriminierung-

⁸⁸⁹ So beispielsweise das Zur-Verfügung-Stellen von Nachhilfe-Unterricht durch Migrant_innen für Migrant_innen.

⁸⁹⁰ So beispielsweise durch ein Mentoring-Programm für Abgänger_innen der obligatorischen Schule zwecks Verbesserung der Chancen für die Lehrstellensuche.

⁸⁹¹ So etwa durch eine Verobjektivierung der Selektionsmechanismen bei Schulübertritten.

⁸⁹² WINKER/DEGELE, Intersektionalität.

gen auch als komplexe asymmetrische Machtstrukturen verstehen muss, die es durch gezielte – im Idealfall evidenzbasierte – Massnahmen zu entschärfen gilt.

Vor diesem gesellschaftlichen Hintergrund setzte sich bereits seit Mitte der 80er-Jahre sowohl auf europäischer als auch seit den 90er-Jahren auf schweizerischer Ebene die Auffassung durch, dass die geltenden Rechtsvorschriften, die zur Stärkung der Rechte einzelner erlassen wurden, nicht ausreichen, um alle faktischen Ungleichheiten zu beseitigen⁸⁹³. Diesem Strategiewechsel liegt zunächst der Wechsel von einem formalen hin zu einem substantiellen Gleichheitsverständnis zugrunde. Dazu kommt die Erkenntnis, dass gesetzliche Diskriminierungsverbote um Massnahmen der Rechtsdurchsetzung ergänzt werden müssen, also zur Sensibilisierung gegenüber Vorurteilen, zur Sichtbarmachung der Vorteile von Diversität und – nicht zuletzt – zur Bekämpfung von Barrieren und Unterrepräsentation⁸⁹⁴.

Positive Massnahmen lassen sich unterteilen in Massnahmen, die Menschen privilegieren⁸⁹⁵, und damit aus gleichheitsrechtlicher Perspektive zu problematisch sind, und in Massnahmen, die sich zwar auf die Beseitigung von Benachteiligungen und Diskriminierungen ausrichten, dies jedoch ohne dabei andere Menschen zu benachteiligen (weiche Fördermassnahmen). Letzterer Typ lässt sich wiederum in Massnahmen unterteilen, die sich an spezifische Gruppen richten⁸⁹⁶, und in solche, von denen alle profitieren⁸⁹⁷. Rechtlich verstärkt zu problematisieren sind zudem Massnahmen, die nicht nur gleichheitsrechtlich heikle Privilegierungen darstellen, sondern Privilegierungen, die ebenso anderweitige Grundrechte tangieren⁸⁹⁸.

Positive Massnahmen lassen sich in Anlehnung an die Juristin und Rechtssoziologin SUSANNE BAER einteilen in Massnahmen zur Ermächtigung Benachteiligter (empowerment)⁸⁹⁹, Massnahmen zur Gestal-

⁸⁹³ KLOSE/MERX, Positive Massnahmen, S. 11.

⁸⁹⁴ Ausführlich dazu WLADASCH/LIEGL, Positive Massnahmen, 2009, S. 19f. Zu den Problemen der Rechtsdurchsetzung PFARR/KOCHER, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998.

⁸⁹⁵ So etwa Quotenregelungen für Migrantinnen, Frauen oder Menschen mit Behinderung.

⁸⁹⁶ So etwa Sprachkurse für Ausländer_innen.

⁸⁹⁷ So beispielsweise der Nachhilfeunterricht, der sich an alle Schüler_innen mit bestimmten fachlichen Schwierigkeiten richtet.

⁸⁹⁸ So beispielsweise die Quoten für Frauen, Menschen mit Behinderung und Ausländer_innen bei politischen Wahlen. Eine solche Regelung tangiert etwa das verfassungsrechtliche Stimmrecht.

⁸⁹⁹ Massnahmen zur Ermächtigung Benachteiligter umfassen nach Baer nicht nur die klassischen Fördermassnahmen, sondern ebenso Diskriminierungsverbote und deren Durchsetzung. Baer kritisiert in ihrem Ansatz das bestehende Verständnis von positiven Massnahmen, das bei spezifischen Gruppen anknüpft und dadurch auch riskiert, Stereotypen und Diskriminierung zu zementieren anstatt abzubauen. Daher plädiert sie für einen breiten Ansatz von positiven Massnahmen, der entgegen der herrschenden Auffassung positive Massnahmen nicht ausschliesslich als spezifische Fördermassnahmen spezifischer Gruppen begreift, sondern ebenso die machtvolle, nicht diskriminierte Mehrheit in die Pflicht nimmt.

tung von Entscheidungen (anti-bias, Antidiskriminierung i.e.S.) und Massnahmen zur Gestaltung von Verhältnissen (Pluralismus)⁹⁰⁰. Sie richten sich daher einerseits an die von Diskriminierung Betroffenen und andererseits an die benachteiligende und diskriminierende Dominanzbevölkerung. Schliesslich soll mit ihnen drittens die Struktur durch Massnahmen im Bereich der Integration oder gar Inklusion beeinflusst werden – etwa durch Ausgestaltung von pluralistischen Strukturen⁹⁰¹.

Besonders zentral ist, dass nicht nur die am wenigsten Unterprivilegierten unter den Unterprivilegierten Nutzen ziehen – denn so werden die Unterprivilegierten zu neuen Privilegierten, die ihm Extremfall die Dominanz der Dominanzkultur übernehmen und dadurch zum höchst problematischen Feigenblatt einer Farce-Antidiskriminierungskultur werden⁹⁰²; wobei sich dieser Effekt – zugegeben – auch stimulierend für weitere unterprivilegierte Schichten auswirken kann. Die « neuen » Privilegierten – bzw. die neue Privilegierung – entpuppen sich damit als den potentiell noch problematischere Teil der Dominanzkultur. Im Rahmen positiver Massnahmen ist es daher besonders zentral, den Ansatz der Intersektionalität bzw. der mehrdimensionalen Diskriminierung jeweils von Anfang an mitzudenken.

2. Völker- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

2.1 Positive Massnahmen im Völkerrecht: zwischen Legitimation und Verpflichtung

Das Diskriminierungsverbot in Art. 26 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (CCPR) enthält zwar keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Zulässigkeit positiver Massnahmen. Gleichwohl wird aus der Formulierung (« gegen jede Diskriminierung ... gleichen und wirksamen Schutz ») geschlossen, dass sie positive Massnahmen zumindest nahe legt oder sogar verlangt. Soweit positive Massnahmen eine Ungleichbehandlung implizieren, müssen sie objektiv, angemessen begründet und verhältnismässig im Hinblick auf das verfolgte Ziel sein⁹⁰³. Auch im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (CESCR) findet sich keine spezielle Regelung positiver Massnahmen.

⁹⁰⁰ BAER, Positive Massnahmen.

⁹⁰¹ Dazu gehört beispielsweise die durch vielfältige Zusammensetzungen geprägten Organisationen und Institutionen.

⁹⁰² Ein Beispiel dafür ist die Förderung von Beratungsstrukturen, die jedoch ausschliesslich für die privilegierte Klasse der Diskriminierungsbetroffenen zugänglich sind – so für Menschen ohne schwerwiegende Behinderung, Migranten, die bereits integriert sind oder vorwiegend Männer.

⁹⁰³ Allgemeine Bemerkungen 4 (1981), 18 (1989) und 28 (2000) des Menschenrechtsausschusses.

Der zuständige Ausschuss hat Fördermassnahmen für Frauen und Menschen mit Behinderungen unter der Voraussetzung für zulässig erklärt, dass diese (noch) notwendig sind, um tatsächliche Diskriminierung zu überwinden und sie dem Prinzip der Verhältnismässigkeit genügen⁹⁰⁴.

Demgegenüber gelten nach Art. 4 Abs. 1 des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW) zeitweilige, spezielle Massnahmen der Vertragsstaaten zur beschleunigten Herbeiführung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frau und Mann nicht als Diskriminierung, wenn sie nicht die Beibehaltung ungleicher oder gesonderter Massstäbe zur Folge haben und aufgehoben werden, sobald die Ziele der Chancengleichheit und Gleichbehandlung erreicht sind⁹⁰⁵.

Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD) enthält in Art. 1 Abs. 4 eine vergleichbare Regelung, geht in Art. 2 Abs. 2 aber noch einen Schritt weiter und verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, « besondere und konkrete Massnahmen zu treffen, um die angemessene Entwicklung und einen hinreichenden Schutz bestimmter Rassengruppen oder ihnen angehörender Einzelpersonen sicherzustellen, damit gewährleistet wird, dass sie in vollem Umfang und gleichberechtigt in den Genuss der Menschenrechte und Grundfreiheiten gelangen », wenn die Umstände dies rechtfertigen⁹⁰⁶.

Auch das jüngste internationale Menschenrechtsabkommen, die am 3. Mai 2008 in Kraft getretene Behindertenrechtskonvention (CRPD), enthält in Art. 27 Abs. 1 Bst. h eine Verpflichtung zu positiven Massnahmen. Danach sichern und fördern die Mitgliedstaaten die Verwirklichung des Rechts auf Arbeit durch geeignete Schritte, einschliesslich des Erlasses von Rechtsvorschriften, « um unter anderem die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen im privaten Sektor durch geeignete Strategien und Massnahmen zu fördern, wozu auch Programm für positive Massnahmen, Anreize und andere Massnahmen gehören können ». Darüber hinaus verpflichtet die zentrale Implementierungsklausel in Art. 4 Abs. 1 der Konvention die Mitgliedstaaten dazu, die volle Verwirklichung aller Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle Menschen mit Behinderungen ohne jede Diskriminierung aufgrund von Behinderung zu gewährleisten und zu fördern⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ Danach ist zu gewährleisten, dass die Entscheidung zugunsten des männlichen Bewerbers ausfallen kann, wobei alle in seiner Person liegenden Gründe anhand eines objektiven Massstabs zu bewerten sind. Allgemeine Bemerkung 16 (2005) des CESCR-Ausschusses. Zur Behinderung siehe Allgemeine Bemerkung 5 (1994).

⁹⁰⁵ Danach sind Quoten nur für gleich qualifizierte Mitglieder einer benachteiligten Gruppe zulässig (Europäische Kommission, Mehr als formale Gleichstellung, 2007, S. 59). Der CEDAW-Ausschuss geht davon aus, dass die Vertragsstaaten verpflichtet sind, entsprechende Massnahmen zu ergreifen, wenn sich diese als notwendig und angemessen erweisen: Allgemeine Bemerkung 25 (2004).

⁹⁰⁶ Nach der Allgemeinen Empfehlung 32 (2009) des CERD-Ausschusses bezieht sich diese Voraussetzung auf den ungleichen Genuss der Menschenrechte durch Personen und Gruppen im jeweiligen Mitgliedstaat und die daraus folgende Notwendigkeit, diese Ungleichheit zu korrigieren.

⁹⁰⁷ Zum Innovationspotential der UN-Behindertenrechtskonvention vgl. BIELEFELDT im gleichnamigen Essay, 2009.

Zu berücksichtigen ist schliesslich das Übereinkommen über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf der Internationalen Arbeitsorganisation aus dem Jahr 1958 (ILO-Übereinkommen Nr. 111). Nach dessen Art. 5 Abs. 2 können die Mitgliedstaaten nach Anhörung der massgebenden Arbeitgeber_innen und Arbeitnehmer_innenverbände erklären, dass Massnahmen nicht als Diskriminierung gelten, sofern diese auf die Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse von Personen abzielen, die aus Gründen des Geschlechts, des Alters, der Behinderung, der Familienpflichten oder der sozialen oder kulturellen Stellung anerkanntermassen besonders schutz- oder hilfsbedürftig sind.

2.2 Zulässigkeit positiver Massnahmen

Gemäss MARKUS SCHEFER ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive zu unterscheiden zwischen positiven Massnahmen, die strukturell benachteiligte Menschen Förderung zukommen lassen, ohne dabei in Rechte bzw. Interessenpositionen Dritter einzugreifen, und positiven Massnahmen, die eigentliche Privilegierungen darstellen⁹⁰⁸. Gehen Fördermassnahmen über eine Beseitigung mittelbarer Diskriminierung hinaus, handelt es sich um eigentliche Privilegierungen⁹⁰⁹, die verfassungsrechtlich nicht geboten sind jedoch verfassungsrechtlichen Voraussetzungen unterstellt sind⁹¹⁰. Privilegierungen können über den Nichtdiskriminierungsgrundsatz oder andere Grund- und Menschenrechte in die Rechte Dritter eingreifen.

Beispielsweise können Quotenregelungen als Privilegierungsmassnahmen ausgestaltet werden. So ist etwa eine Regelung, die besagt, dass bei gleicher Qualifikation Menschen mit Behinderung, Frauen, transidente Menschen, Ausländer_innen bevorzugt werden, eine Ungleichbehandlung der betroffenen Stellenbewerber_innen mit Behinderung, der Stellenbewerber und der Schweizer_innen.

Voraussetzung der Privilegierung spezifischer Gruppen ist deren tatsächliche, aktuelle Schlechterstellung in der Gesellschaft; fällt diese weg, verliert die Privilegierung ihre Legitimation⁹¹¹. Als Ziel einer Privilegierung kommt letztlich nur die Verminderung aktueller, tatsächlicher gesellschaftlicher Schlechterstel-

⁹⁰⁸ Siehe auch Typologisierung vorne, a.a.O.

⁹⁰⁹ KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 371; Schweizer, in: St. Galler Kommentar, Art. 8, Rz. 54.

⁹¹⁰ SCHEFER, BehiG, S. 12.

⁹¹¹ So sind Fördermassnahmen zu befristen. Vgl. zudem KAUFMANN, Gleichberechtigung und Sonderrechte für Frauen – (k)ein Widerspruch?, in: FS Margrith Bigler-Eggenberger, Basel 1993, S. 165; SCHWANDER-CLAUS, Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, Diss. Bern 1995, S. 149. Anderer Ansicht AUER, Les mesures positives et l'art. 4 al. 2 Cst., AJP 1993, S. 1346f. Mit Bezug auf ethnische Minderheiten vgl. etwa der U.S. Supreme Court in *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306, 342 (2003).

lung der privilegierten Gruppe in Frage⁹¹². Eine Privilegierung braucht weiter eine Grundlage im Gesetz und ist nur im Rahmen der Verhältnismässigkeit zulässig⁹¹³.

Führen beispielsweise Quoten dazu, dass Menschen mit (spezifischen) Behinderungen, Frauen, transidente Menschen oder Ausländer_innen im Erwerbsleben proportional zur Bevölkerung abgebildet werden, gibt es keinen völker- und verfassungsrechtliche Legitimation mehr, Privilegierungen aufrecht zu erhalten. Gleiches gilt für Quoten im Rahmen politischer Wahlen.

Eine Privilegierung muss einen engen Konnex zu jenen Benachteiligungen aufweisen⁹¹⁴, die beseitigt werden sollen und ein wirksames Gegengewicht dazu schaffen⁹¹⁵. Sie muss darauf zugeschnitten sein, die tatsächliche Gleichstellung der bisherigen Benachteiligten zu verbessern⁹¹⁶; sowohl zu umfassende als auch restriktive Besserstellungen sind unzulässig⁹¹⁷. Zudem darf eine Fördermassnahme Dritte (insbesondere die dadurch schlechter Gestellten) nur in zumutbarer Weise benachteiligen⁹¹⁸.

So wäre etwa eine Regelung, die staatliche Subventionen für private Schulen davon abhängig macht, ob sie die Anzahl von Schüler_innen proportional zur ihrer Schülerstruktur an höhere Schulen bringen, aus völker- und verfassungsrechtlicher Perspektive problematisch, weil diese einerseits dazu führen kann, dass dadurch faktisch privilegierte Schüler_innen zu stark vernachlässigt werden, und weil sie andererseits Stereotypen und Vorurteile gegenüber den zu entsprechenden Gruppenangehörigen zementieren.

Greift die Privilegierung im konkreten Fall in ein spezifisches Grundrecht der negativ betroffenen Gruppe oder eines ihrer Mitglieder ein, ist zusätzlich zu den Aspekten der Rechtsgleichheit zu prüfen, ob die Vor-

⁹¹² SCHEFER, BehiG, S. 13.

⁹¹³ SCHEFER, BehiG, S. 13.

⁹¹⁴ Die Besserbehandlung muss geeignet und erforderlich sein zur Herstellung tatsächlicher Gleichheit, sowie zugleich zumutbar für die möglicherweise benachteiligte Person. Dies bedingt u.a. einen engen Zusammenhang zwischen den faktischen Ungleichheiten und den rechtlichen Massnahmen, die von der formellen Rechtsgleichheit abweichen. Vgl. hierzu auch MÜLLER, Rechtsgleichheit: Kommentar zu Art. 4 BV, Basel/Zürich/Bern 1995, Rz. 137c.

⁹¹⁵ Vgl. hierzu etwa SACKSOFSKY, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. Baden-Baden 1996, S. 412ff. Siehe auch etwa die Ausführungen zum EU-Gemeinschaftsrecht hinten, a.a.O., insb. EuGH Kalanke ./ Bremen, Rs. C-450/93 (1995) Ziff. 18; Marschall ./ Nordrhein-Westfalen, Rs. C-409/95 (1997) Ziff. 31.

⁹¹⁶ Vgl. etwa MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, 657. Auer warnt davor, eine « précision chirurgicale » zu verlangen, weil dann kaum eine Fördermassnahme als zulässig erscheinen würde; siehe AUER, S. 1347.

⁹¹⁷ Vgl. aus der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court etwa Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District No 127 S. Ct. 2738, 2752 (2007). Vgl. zudem AUER, S. 1347.

⁹¹⁸ Aus der Praxis des BGE 131 II 361 E6 S. 367 ff. (Freiburger Quoten); 125 I 21 E5b/cc S. 38f. (Urner Quoten); 123 I 152 E3b S. 158 (Solothurner Quoten); aus der Lehre etwa KIENER/KÄLIN, Grundrechte, S. 372. Siehe auch den U.S. Supreme Court *Johnson v. Transportation Agency*, 480 U.S. 616, 637 f. (1987); oder EuGH Marschall ./ Nordrhein-Westfalen, Rs. C-409/95 (1997) Ziff. 32 und 33.

aussetzungen für einen legitimen Grundrechtseingriff gegeben sind⁹¹⁹. Die Erfordernisse der Grundlage im Gesetz, des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit sind mit besonderer Stringenz einzuhalten.

So sind etwa starre Quotenregelungen im Rahmen politischer Wahlen ein zu einschneidender Eingriff in das Stimm- und Wahlrecht der Bürger_innen. Ebenso sind die Erfassung statistischer Daten zum ethnischen Hintergrund, zu einer Behinderung oder zur sexuellen Orientierung sensible Daten, die aufgrund des verfassungsrechtlichen Datenschutzes nur auf freiwilliger Basis erfasst werden dürfen.

Schliesslich dürfen die Motive für die Besserstellung nicht ihrerseits Ausdruck eines stereotypen Rollenverständnisses von Mitgliedern einer der betroffenen Gruppen oder sonstiger Vorurteile sein⁹²⁰.

2.3 Pflicht zum Ergreifen positiver Massnahmen?

Die Grundrechte auferlegen dem Staat grundsätzlich die Pflicht, die ihm zumutbaren Massnahmen zu ihrem tatsächlichen Schutz⁹²¹ im konkreten Einzelfall zu ergreifen⁹²². So verpflichtet etwa das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung den Staat, in Rechtsetzung und Rechtsanwendung die betroffenen Menschen so weit besser zu stellen, als es erforderlich ist, um ihre mittelbare Diskriminierung zu verhindern⁹²³. Dies kann Fördermassnahmen oder andere formelle Besserstellungen erfordern.

Eigentliche Pflichten zur Privilegierung lassen sich aus verfassungs- (und auch völkerrechtlicher Perspektive) nicht herleiten. Hingegen sind in Anlehnung an die im UNO-Pakt I formulierte programmatischen Gewährleistungsformel⁹²⁴ die Staaten verpflichtet, unter Ausschöpfung aller ihrer Möglichkeiten Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mittel, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der Grund- und Menschenrechte zu gewährleisten, und dies ohne Diskriminierung der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, des Vermögens, der Geburt oder des sonstigen Status.

⁹¹⁹ Zur Geltung der Rechtsgleichheit im Schutzbereich anderer Grundrechte siehe MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 662ff.

⁹²⁰ Siehe etwa BGE 124 II 409 E9d. S. 428f. (Maya Alincic).

⁹²¹ So explizit im Bereich der Geschlechterdiskriminierung (Art. 8 Abs. 3 BV) und im Bereich der Behindertendiskriminierung (Art. 8 Abs. 4 BV).

⁹²² Zu den grundrechtlichen Schutzpflichten siehe vorne, a.a.O.

⁹²³ Vgl. hierzu etwa SCHEFER, BehiG, S. 11; und hinten, a.a.O.

⁹²⁴ Siehe hierzu Art. 2 Abs. 1 und 2 UNO-Pakt I.

Im Rahmen weicher Massnahmen verpflichtet sich der Staat, « wo immer es angebracht ist, alle seine Rassenintegration (sic) anstrebenden vielrassischen (sic) Organisationen und Bewegungen zu unterstützen, sonstige Mittel zur Beseitigung der Rassenschranken zu fördern und allem entgegenzuwirken, was zur Rassentrennung (sic), beiträgt (Art. 2 Abs. 1 lit. e RDK). Die Staaten sind daher verpflichtet, strukturelle Massnahmen zur Stärkung der Zivilgesellschaft – insbesondere der Organisationen, die sich im Bereich der Prävention, Sensibilisierung und Intervention engagieren – zu ergreifen. Auch verpflichten sich die Vertragsstaaten, unmittelbare und wirksame Massnahmen, insbesondere auf dem Gebiet des Unterrichts, der Erziehung, Kultur und Informationen, zu treffen, um Vorurteile zu bekämpfen, die zu Rassendiskriminierung führen, zwischen den Völkern und Rassen- (sic) oder Volksgruppen Verständnis, Duldsamkeit und Freundschaft zu fördern (...) ».

Auf die Schweiz bezogen bedeutet dies, dass die Gemeinwesen – Bund, Kantone und Gemeinden – im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Kompetenzen verpflichtet sind, verhältnismässige Sensibilisierungs- und Präventionsmassnahmen zu konzipieren und umzusetzen, zwecks möglichst wirksamer Förderung der Chancengleichheit diskriminierter Menschen. Dabei verfügen die Gemeinwesen über einen relativ grossen Spielraum in der Umsetzung.

Mit Inkrafttreten des Integrationsgesetzes wären die kanton-bernischen Regelungen im Grundsatz grund- und menschenrechtlich gut aufgestellt, dies zumindest soweit es die Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung von Ausländer_innen betrifft. Die im VE-IntG vorgesehenen « Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung (...) umfassen namentlich eine (...) Sensibilisierungsarbeit ». Kanton und Gemeinden sind also verpflichtet, weiche Fördermassnahmen zu ergreifen. Damit die Pflichten jedoch erfüllt werden, bedarf es auch der entsprechenden gesetzgeberischen Umsetzung in den Regelstrukturen⁹²⁵.

Eigentliche Verpflichtungen zur Privilegierung sind weder im VE-IntG noch aus völker- und verfassungsrechtlicher Perspektive gefordert. Hingegen ist es ratsam, entsprechende Abklärungen über den Bedarf und die Wirksamkeit potentieller Privilegierungsmassnahmen zu treffen. Diese würden es dem Kanton erlauben, hier eine vorbildhafte Vorreiterrolle in der Umsetzung der programmatischen Gewährleistung des Diskriminierungsschutzes einzunehmen.

⁹²⁵ Siehe hierzu vorne, a.a.O., und hinten, a.a.O.

4. EU-rechtlicher Seitenblick (Klose/Merx)⁹²⁶

Das europäische Gemeinschaftsrecht ist zwar für die Schweiz nicht von rechtlicher Verbindlichkeit, doch bietet aber trotzdem interessante rechtsvergleichende Hinweise zu Verpflichtung und Grenzen von positiven Massnahmen. So hatte der EuGH in den vergangenen 30 Jahren wiederholt Gelegenheit, die Möglichkeiten und Grenzen, die das Gemeinschaftsrecht für positive Massnahmen bietet, aufzuzeigen. Die relevanten Urteile sollen im Folgenden skizziert werden, um Entwicklungstendenzen aber auch -potentiale aufzuzeigen und zugleich einige der umstrittensten Formen positiver Massnahmen vorzustellen. Die Ausführungen übernehmen die zentralen Erkenntnisse eines Gutachtens von ALEXANDER KLOSE und ANDREAS MERX zuhanden der Deutschen Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

Kernnorm für die Bewertung positiver Massnahmen im Gemeinschaftsrecht war lange Zeit Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG. Danach steht die Richtlinie « nicht den Massnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Art. 1 Abs. 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen »⁹²⁷. Zweck der Vorschrift ist es also, Massnahmen zuzulassen, die zwar nach ihrer äusseren Erscheinung benachteiligend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen⁹²⁸.

Mit dem Vertrag von Amsterdam hat dieses Ziel auch im Primärrecht seinen Niederschlag gefunden. Nach Art. 157 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 141 Abs. 4 EGV) hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die « effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben » nicht daran, « zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschliessen »⁹²⁹. Auffällig ist, dass anders als in Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG nicht (nur) von der « Förderung der Chancengleichheit » sondern von der « effektiven Gewährleistung der vollen Gleichstellung » die Rede ist. Bisher musste der Europäische Gerichtshof (EuGH) jedoch nicht zu der Frage Stellung nehmen, ob Massnahmen, die nach RL

⁹²⁶ Dieser vorliegende Teil stammt praktisch integral von einem Gutachten von ALEXANDER KLOSE/ ANDREAS MERX, zuhanden der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

⁹²⁷ Nach Art. 1 Abs. 1 gilt die Richtlinie für den Zugang zur Beschäftigung, einschliesslich des beruflichen Aufstiegs, und den Zugang zur Berufsbildung sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen und in Bezug auf die soziale Sicherheit.

⁹²⁸ EuGH v. 25. Oktober 1988, Rs. 312/86 (Französische Republik), Slg. 1988, S. 6315, Rn. 15. Seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. zuletzt EuGH v. 30. September 2004, Rs. 319/03 (Briheche), Slg. 2004, S. 8807, Rn. 22.

⁹²⁹ Die mit dem Vertrag von Amsterdam beigefügte Erklärung Nr. 28 zu Art. 141 Abs. 4 stellt klar, dass die Massnahmen in erster Linie der Verbesserung der Lage der Frauen im Arbeitsleben dienen.

76/207/EWG unzulässig waren, nach Art. 157 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 141 Abs. 4 EGV) zulässig sein können⁹³⁰.

Durch die Änderungsrichtlinie 2002/73/EG ist Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG inzwischen zugunsten eines Verweises auf Art. 157 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 141 Abs. 4 EGV) aufgehoben worden⁹³¹. Auch die in RL 2000/43/EG und RL 2000/78/EG enthalten Regelungen zu positiven Massnahmen sind eng an Art. 157 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 141 Abs. 4 EGV) angelehnt⁹³².

« Bereits 1980 hatte sich der EuGH mit einer positiven Massnahme (in eigener Sache) zu beschäftigen. Streitgegenstand war eine Expatriierungszulage für Beamt_innen am EuGH, die nicht im Besitz der luxemburgischen Staatsangehörigkeit waren. Der EuGH mass die Zulage daran, ob durch sie die notwendige Gleichheit zwischen den Beamt_innen im Ergebnis hergestellt werde, und kam zu dem Schluss, dass dies angesichts der in Luxemburg bestehenden rechtlichen und tatsächlichen Nachteile für ausländische Beamt_innen der Fall sei⁹³³. Auch in zwei weiteren Verfahren aus dem Jahr 1987 war die Gemeinschaft Beklagte. Beamtinnen der Kommission griffen die Beförderung ihrer männlichen Konkurrenten u.a. mit dem Argument an, dass bei gleicher Qualifikation der Bewerber_innen der Bewerbung des auf der fraglichen Hierarchieebene unterrepräsentierten Geschlechts der Vorzug zu geben sei. Der Gerichtshof konnte eine grundsätzliche Entscheidung in beiden Fällen vermeiden, indem er der Kommission einen weiten Spielraum bei der Beurteilung der Bewerber_innen zusprach und – deren Bewertung folgend – die männlichen Bewerber für besser qualifiziert hielt⁹³⁴.

Dabei blieb es, bis 1995 das Deutsche Bundesarbeitsgericht den EuGH zu einer Entscheidung darüber zwang, ob § 4 Bremer Landesgleichstellungsgesetz (LGG), wonach Frauen bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig einzustellen und zu befördern waren, solange Frauen in den jewei-

⁹³⁰ Ausdrücklich offen gelassen in EuGH v. 30. September 2004, Rs. 319/03 (Briheche), Slg. 2004, S. 8807, Rn. 31.

⁹³¹ Art. 2 Abs. 8 RL 76/207/EWG n.F. lautet seit dem 5. Oktober 2002 wie folgt: « Die Mitgliedstaaten können im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen Massnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 des Vertrags beibehalten oder beschliessen ». Inzwischen findet sich die Vorschrift in Art. 3 RL 2006/54/EG, nach dessen Erwägungsgrund Nr. 22 die Mitgliedstaaten angesichts der derzeitigen Lage in erster Linie darauf hinwirken sollen, die Lage der Frauen im Arbeitsleben zu verbessern.

⁹³² Art. 5 RL 2000/43/EG lautet: « Der Gleichbehandlungsgrundsatz hindert die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Gewährleistung der vollen Gleichstellung in der Praxis spezifische Massnahmen, mit denen Benachteiligungen aufgrund der Rasse oder ethnischen Herkunft verhindert oder ausgeglichen werden, beizubehalten oder zu beschliessen ». Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG unterscheidet sich – abgesehen von der Beschränkung auf das Berufsleben und der Bezugnahme auf die in Art. 1 genannten Merkmale – von Art. 5 RL 2000/43/EG nur dadurch, dass von « völliger » statt von « voller Gleichstellung » und von « einführen » statt « beschliessen » die Rede ist.

⁹³³ EuGH v. 16. Oktober 1980, Rs. 147/79 (Hochstrass), Slg. 1980, S. 3005, Rn. 9-12.

⁹³⁴ EuGH v. 12. Februar 1987, Rs. 233/85 (Bonino), Slg. 1987, S. 739, Rn. 9; EuGH v. 16. Dezember 1987, Rs. 111/86 (Delauche), Slg. 1987, S. 5345, Rn. 8-10.

ligen Bereichen nicht mindestens zur Hälfte vertreten waren, als Massnahme i.S.d. Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG zulässig ist. Der Gerichtshof folgte seinem Generalanwalt in der Begründung, dass Art. 2 Abs. 4 als eng auszulegende Ausnahme vom Diskriminierungsverbot lediglich die Förderung der Chancengleichheit ermögliche. Indem Bewerberinnen ‚automatisch der Vorrang‘ eingeräumt werde, setze § 4 LGG jedoch an die Stelle der ‚Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könne‘⁹³⁵.

Damit stellte sich die Frage, ob Ergebnisgleichheit überhaupt noch Ziel positiver Massnahmen sein dürfte⁹³⁶. Bereits zwei Jahre später hatte der Gerichtshof Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG weiterzuentwickeln. Das Urteil betraf das nordrhein-westfälische Beamtengesetz, nach dessen § 25 Abs. 5 S. 2 Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern waren, soweit im jeweiligen Beförderungsamte der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind und sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen. In dieser ‚Öffnungsklausel‘ sah der EuGH den entschiedenen Unterschied zu § 4 LGG und entschied, dass die Regelung mit den Vorgaben der Richtlinie vereinbar sei, ‚wenn sie den männlichen Bewerbern, die die gleiche Qualifikation wie die weiblichen Bewerber besitzen, in jedem Einzelfall garantiert, dass die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sind, bei der alle die Person der Bewerber betreffenden Kriterien berücksichtigt werden und der den weiblichen Bewerbern eingeräumte Vorrang entfällt, wenn eines oder mehrere dieser Kriterien zugunsten des männlichen Bewerbers überwiegen‘. Solche Kriterien dürften allerdings gegenüber Bewerberinnen keine diskriminierende Wirkungen haben⁹³⁷.

Bemerkenswert ist die Feststellung des Gerichtshofs, dass die Tatsache allein, dass zwei Bewerber/innen unterschiedlichen Geschlechts gleich qualifiziert seien, angesichts bestehender Vorurteile und Stereotypen über die Rolle und Fähigkeiten von Frauen im Erwerbsleben nicht bedeute, dass sie gleich Chancen hätten.

Bereits unter Geltung von Art. 157 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 141 Abs. 4 EGV) hatte sich der EuGH im Jahr 2000 erneut mit einer ganzen Reihe positiver Massnahmen des Hessischen Gesetzes über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung (HGIG) zu befassen. Im Hinblick auf die darin enthaltenen (Ergebnis)Quoten für Einstellungen

⁹³⁵ EuGH v. 17. Oktober 1995, Rs. 450/93 (Kalanke), Slg. 1995, S. 3051, Rn. 21ff.; Schlussanträge des Generalanwalts Tesauo v. 6. April 1995, Rs. 450/93 (Kalanke), Slg. 1987, S. 3051, Rn. 22.

⁹³⁶ Schiek-Schiek, AGG, 2007, § 5 Rn. 6.

⁹³⁷ EuGH v. 11. November 1997, Rs. 409/95 (Marschall), Slg. 1997, S. 6363, Rn. 23ff.

und Beförderungen im öffentlichen Dienst hielt der Gerichtshof daran fest, dass es im Fall eines ‚qualifikatorischen Patts‘ keinen automatischen Vorrang zugunsten der Bewerberin geben darf⁹³⁸.

Dagegen akzeptierte der EuGH Quoten für Qualifikationsstellen im Wissenschaftsbereich, für Ausbildungsstellen und für die Einladung zu Bewerbungsgesprächen. Der EuGH legt also mit Verweis auf die Verwirklichung der Chancengleichheit dort weniger strenge Massstäbe an positive Massnahmen, wo die jeweiligen Stellen zur Erlangung einer Qualifikation dienen, welche später den Zugang zu qualifizierten Tätigkeiten eröffnen kann⁹³⁹.

Wo es dagegen um den Zugang zu diesen qualifizierten Tätigkeiten selbst geht, gelten die oben genannten Voraussetzungen uneingeschränkt, wie der EuGH knapp vier Monate später für die Besetzung von Professor/innenstellen klarstellte. Die schwedische Regelung erlaubte es, Bewerber/innen des unterrepräsentierten Geschlechts auch dann den Vorrang einzuräumen, wenn diese zwar hinreichend, nicht aber in gleicher Weise qualifiziert sind wie die Mitbewerber/innen des anderen Geschlechts. Der EuGH erklärte die nationale Regelung für unvereinbar sowohl mit Art. 2 Abs. 4 RL 76/207/EWG als auch mit Art. 157 Abs. 4 AEUV (ex-Art. 141 Abs. 4 EGV), da die Massnahme zu dem mit ihr verfolgten Ziel ausser Verhältnis stehe⁹⁴⁰.

Auch mit den beiden jüngsten Entscheidungen zu positiven Massnahmen hat der EuGH die Grundlinien seiner bisherigen Rechtsprechung bestätigt und weiter ausdifferenziert. So hielt er die Entscheidung des niederländischen Landwirtschaftsministeriums, die begrenzte Zahl der seinem Personal von ihm zur Verfügung gestellten subventionierten Kindertagesstättenplätze grundsätzlich den Beamtinnen vorzubehalten, für mit dem Unionsrecht vereinbar. Dies jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die vorgesehene Ausnahmeregelung dahingehend ausgelegt werde, dass insbesondere allein erziehende Beamte den gleichen Zugang zu diesem Kinderbetreuungssystem hätten wie ihre Kolleginnen⁹⁴¹. Unvereinbar mit RL 76/207/EWG ist dagegen eine französische Regelung, die eine Befreiung von der Altersgrenze für den Zugang zu einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst nur für nicht wiederverheiratete Witwen vorsieht, die darauf angewiesen

⁹³⁸ EuGH v. 28. März 2000, Rs. 158/97 (Badeck), Slg. 2000, S. 1875. Die angegriffene Regelung in § 10 HGIG genügt dem durch die Berücksichtigung « sozialer Gesichtspunkte », die zu einem Zurücktreten des Grundsatzes der Frauenförderung führen können: Dies gelte z.B. für ehemalige Zeitsoldaten, Schwerbehinderte oder Langzeitarbeitslose. Für zulässig erachtete es der EuGH auf der anderen Seite, dass nach § 10 HGIG bei der Bewertung der Qualifikation Kriterien heranzuziehen sind, die gegenüber Männern mittelbar diskriminierend wirken (z.B. Fähigkeiten und Erfahrungen, die durch die Betreuung von Kindern oder Pflegebedürftigen im häuslichen Bereich erworben wurden).

⁹³⁹ EuGH v. 28. März 2000, Rs. 158/97 (Badeck), Slg. 2000, S. 1875, Rn. 52.

⁹⁴⁰ EuGH v. 6. Juli 2000, Rs. 407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, S. 5539.

⁹⁴¹ EuGH v. 19. März 2002, Rs. 476/99 (Lommers), Slg. 2002, S. 2891. In rechtstatsächlicher Hinsicht ist bemerkenswert, dass der EuGH es ausdrücklich zur Voraussetzung macht, dass die Beschäftigungssituation im Landwirtschaftsministerium durch eine erhebliche Unterrepräsentation von Frauen gekennzeichnet ist, und das unzureichende Angebot an Kinderbetreuungseinrichtungen die weiblichen Arbeitnehmerinnen zur Aufgabe ihrer Beschäftigung veranlassen kann.

sind zu arbeiten, nicht aber für Witwer, die sich in der gleichen Situation befinden, und Frauen damit einen absoluten und unbedingten Vorrang einräumt⁹⁴².

Ausdrücklich nimmt der EuGH in diesen beiden Entscheidungen auf den Grundsatz der Verhältnismässigkeit Bezug. Positive Massnahmen dürfen danach als Ausnahmen vom Grundsatz der Gleichbehandlung nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels angemessen und erforderlich ist, und den Grundsatz der Gleichbehandlung soweit wie möglich mit den Erfordernissen des auf diese Weise angestrebten Ziels in Einklang bringt⁹⁴³. »

5. Fördermassnahmen im Bundesrecht

Im Folgenden werden die zentralen gesetzgeberischen und administrativen positiven Antidiskriminierungsmassnahmen des Bundes kurz skizziert, wobei die Liste bei weitem nicht abschliessend ist, da dies den Rahmen des Gutachtens sprengen würde. Die erwähnten Regelungen umfassen praktisch ausschliesslich Massnahmen, die keine eigentlichen Privilegierungen darstellen und somit auch keine problematische rechtlichen Fragen aufwerfen. Aufgrund der Erfahrungen in den USA zu den Affirmative Action sind gerade im Bereich der Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierungen Privilegierungen höchst umstritten, weil sie die Gefahr bergen, dass stereotype Vorstellungen zementiert werden und dies letztlich eine kontraproduktive Wirkung erzielen.

Auf Bundesebene sind bis anhin keine klassischen positiven Massnahmen (im Sinne von Privilegierungen) zur Bekämpfung von ethnisch-kultureller Diskriminierung bzw. zur Herstellung der Chancengleichheit von spezifischen ethnisch-kulturellen Gruppen vorgesehen. Hingegen ist die Bekämpfung von Rassismus und Diskriminierung Teil der Bundespolitik, die einerseits im Eidgenössischen Departement des Innern EDI spezialisiert angesiedelt ist, andererseits in spezifischen Bundesprogrammen bzw. -projekten integriert ist. Ziel ist es, die Rassismusbekämpfung koordiniert in den Regelstrukturen zu verankern und zugleich subsidiär die spezialisierte Rassismusbekämpfung zu verfolgen. Die Kernstücke dieser Bundespolitik, die auch Massnahmen zur Herstellung der Chancengleichheit umfassen, bilden dabei erstens die Förderung von Menschenrechts- und Antirassismusprojekten durch die Fachstelle für Rassismusbekämpfung seit 2001 sowie zweitens seit 2011 die Unterstützung von kantonalen Programmen in der Diskriminierungsbekämpfung im Rahmen der Integrationsförderung durch das Bundesamt für Migration.

Parallel zur eigentlichen administrativen Antirassismuarbeit des Bundes ist seit dem 18. August 1995 die vom Bundesrat eingesetzte Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR auf der Grundlage

⁹⁴² EuGH v. 30. September 2004, Rs. 319/03 (Briheche), Slg. 2004, S. 8807.

⁹⁴³ EuGH v. 19. März 2002, Rs. 476/99 (Lommers), Slg. 2002, S. 2891, Rn. 39; EuGH v. 30. September 2004, Rs. 319/03 (Briheche), Slg. 2004, S. 8807, Rn. 24.

von Art. 7 RDK als ausserparlamentarische Kommission mit der Aufgabe betraut, aus unabhängiger Perspektive Öffentlichkeitsarbeit zu leisten und Sensibilisierungs- und Präventionskampagnen zu unterstützen. Schliesslich wirkt seit Februar 2011 – ebenso aus einer unabhängigen Perspektive – ein vom Bund finanziertes Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) zum innerstaatlichen Schutz und zur Förderung der Menschenrechte. Dieses ist unter anderem mit der Aufgabe betraut, auch die Thematik der Diskriminierung zu behandeln.

5.1 Verordnung über Menschenrechts- und Antirassismusprojekte

2001 schaffte der Bund die Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB und den Fonds « Projekte gegen Rassismus und für Menschenrechte ». Mit dem Fonds standen von 2001-2005 insgesamt 15 Mio. Franken zur Unterstützung von Bildungs-, Sensibilisierungs- und Präventionsprojekten sowie für Opfer- und Konfliktberatungsstellen zur Verfügung. Ein Sechstel dieser Summe war für Projekte im schulischen Bereich bestimmt. Ziel des Fonds war es, dazu beizutragen, die Auseinandersetzung mit Rassismus und Fremdenfeindlichkeit als einen zwar schmerzhaften, aber auch selbstverständlichen und zu bewältigenden Aspekt unseres sozialen Alltags zu betrachten. Der Fonds sollte möglichst viele gesellschaftliche Kreise ansprechen und vielfältige, innovative und experimentierfreudige Projekte fördern⁹⁴⁴. Er war zwar nicht spezifisch als Fonds zur Förderung der von ethnisch-kultureller Diskriminierung betroffenen Personen konzipiert worden – insbesondere sind keine privilegierenden Massnahmen vorgesehen. Hingegen zielte er darauf ab, durch die Förderung von Respekt und Toleranz die Chancengleichheit über weiche, administrative Fördermassnahmen zu gewährleisten. U.a. unterstützte er Beratungsstrukturen für Menschen, die von rassistischer Diskriminierung betroffen sind.

Gemäss Projektbericht⁹⁴⁵ wurden von 2001-2005 insgesamt 994 Projekte mit einer beantragten Summe vom 53'197'156 Franken eingereicht. 529 Projekte konnten unterstützt werden (Anerkennungsquote: 53%) mit einer gesprochenen Unterstützungssumme von insgesamt 14'089'460 Franken. ProjektträgerInnen waren Schulen, spezialisierte NGO und interessierte Vereinigungen. Eine nachhaltige Wirkung konnte der Fonds im Bildungsbereich sichern, wo sich Projekte zahlenmässig Jahr für Jahr auf einem hohen Niveau gehalten haben. Gesuche zur Unterstützung von Anlauf- und Beratungsstellen hingegen blieben vereinzelt und nahmen mit den Jahren immer mehr ab, was die FRB vor allem darauf zurück führt, dass der Fonds keine der in diesem Bereich notwendigen, längerfristigen Verpflichtungen eingehen konnte⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ Für eine Übersicht der unterstützten Projekte siehe <http://www.edi.admin.ch/frb/00483/00491/01758/index.html?lang=de> (Zugriff: 29.11.2010).

⁹⁴⁵ Fonds Projekte gegen Rassismus und für Menschenrechte. Bericht 2001-2005. Abrufbar unter <http://www.edi.admin.ch/frb/00483/00491/01758/index.html?lang=de> (Zugriff: 4. Januar 2010).

⁹⁴⁶ Anmerkung des Verfassers: Es handelt sich um Strukturfinanzierung. Eine staatliche Strukturfinanzierung erweist sich insbesondere im Bereich der Antirassismusberatung als besonders wichtig, weil hier wenig Interesse von privater und finanzkräftiger Seite besteht, solche Projekte zu unterstützen.

Wichtig waren auch Projekte gegen Gewalt, die mit Ausnahme des Jahres 2005 stets zugenommen haben, was nach Einschätzung der FRB einerseits auf die öffentliche Problemwahrnehmung zurückzuführen ist und andererseits die « finanziellen Engpässe auf kantonaler und kommunaler Ebene » spiegeln.

Der Fonds wurde über verschiedenste Verwaltungen bekanntgemacht, was gemäss Einschätzung der FRB wichtig war, damit die potentiellen Gesuchsteller_innen von den Möglichkeiten wussten und auch eine entsprechende professionelle Projekteingabe formulieren konnten. So wurden im 2002 (März-September) insgesamt 12 Veranstaltungen⁹⁴⁷ sowie im 2004 (Juni-September) weitere gezielte Informationsveranstaltungen in Zusammenarbeit mit den kantonalen und städtischen Integrationsbeauftragten durchgeführt⁹⁴⁸. Weiter fanden gezielt Tagungen, Know How Transfer Veranstaltungen und Feed Back Workshops statt.

Nach Ablauf der fünfjährigen Laufzeit des Fonds trat nach einer ca. dreijährigen Zwischenphase im Oktober 2009 die Verordnung über Menschenrechts- und Antirassismusprojekte⁹⁴⁹ in Kraft. Diese sieht auf der Grundlage der positiven Erfahrungen mit dem Antirassismusfonds vor, dass der Bund neu auch unbefristet Projekte zur Sensibilisierung für die Menschenrechte sowie zur Prävention von Antisemitismus, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit durchführen kann (Art. 1 lit. a) sowie an Dritte Unterstützungsbeiträge für Projekte zur Sensibilisierung für die Menschenrechte sowie zur Prävention von Antisemitismus, Rassismus und Fremdenfeindlichkeit vergeben kann (Art. 1 lit. b i.V.m. Art. 2 Abs. 1)⁹⁵⁰. Die Projekte müssen geeignet sein, eine möglichst grosse Breiten- und Multiplikatorenwirkung zu erzielen; nach Möglichkeit den Einbezug von Direktbetroffenen sicherstellen; auf Langfristigkeit und Nachhaltigkeit ausgerichtet sein und eine Evaluation ihrer Durchführung und Wirkung zu ermöglichen. Die Projekte müssen insbesondere die Bereiche Schule und Bildung berücksichtigen, so ist rund ein Drittel der Unterstützungsbeiträge an Dritte für Projekte im schulischen Bereich reserviert (Art. 4 lit. b). Zur Erreichung der Ziele der Projekte können zudem auch Beiträge für den Aufbau und die Konsolidierung der erforderlichen Strukturen ausgerichtet werden. Die Beiträge dürfen jedoch nicht dem Unterhalt von Strukturen dienen (Art. 2 Abs. 3); Anstossfinanzierungen sind aber möglich und werden gemäss Praxis des Generalsekretariats EDI unter bestimmten Voraussetzungen immer wieder gewährt.

⁹⁴⁷ Die Veranstaltungen fanden statt in St. Gallen, Bern, Neuchâtel, Zürich, Genève, Lausanne, Basel, Delémont, Sion und Bellinzona.

⁹⁴⁸ So in Lausanne, Neuchâtel, Delémont, Sion, Genève und Lugano.

⁹⁴⁹ SR 151.21.

⁹⁵⁰ Eine Evaluation ausgewählter Projekte der FRB zwischen 2007 und 2008 findet sich hier: <http://www.edi.admin.ch/frb/00483/00490/index.html?lang=de> (Zugriff: 29.11.2010). Im Jahr 2009 hat die Fachstelle für Rassismusbekämpfung 59 Projekte mit insgesamt Fr. 871'470.- unterstützt: 37 in der Deutschschweiz, 13 in der Romandie und 7 in der italienischen Schweiz. Zwei Projekte waren zweisprachig, Deutsch/Französisch. Eine Liste mit allen Projekten, die im Jahr 2009 unterstützt worden sind, finden sich unter: <http://www.edi.admin.ch/frb/00483/00490/index.html?lang=de> (Zugriff: 29.11.2010).

Gemäss der Verordnung hat die Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB die Aufgabe, die entsprechenden Aktivitäten umzusetzen: « Sie fördert und koordiniert Aktivitäten zur Prävention von Rassismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit und zur Förderung der Menschenrechte auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 3 lit. a). Sie koordiniert ihre Tätigkeiten mit der Bundesverwaltung, den ausserparlamentarischen Kommissionen, den Kantonen, den Gemeinden und den zuständigen interkantonalen Konferenzen (Art. 3 lit. b). Sie führt selber und in Zusammenarbeit mit Dritten Projekte durch (Art. 3 lit. c). Sie prüft die Projekte Dritter, begleitet und betreut sie und überwacht ihren Fortschritt. Sie evaluiert Projekte (Art. 3 lit. d). Sie koordiniert die Projekte Dritter (Art. 3 lit. e) » und « Sie ist für die begleitende Öffentlichkeitsarbeit zuständig (Art. 3 lit. f) ».

Die im Rahmen der Verordnung durchgeführten Projekte agieren über unterschiedliche Handlungsinstrumente: der Sensibilisierung, der Prävention und der Intervention. Die genutzten oder geförderten Instrumente sind vorwiegend Instrumente der Förderung und im Sinne der Anstossfinanzierung auch der Schaffung institutioneller Rahmenbedingungen. Nichtdiskriminierungsansprüche werden durch die Verordnung jedoch keine geschaffen, hingegen wurde vereinzelt die Prüfung der Schaffung neuer Nichtdiskriminierungsansprüche unterstützt.

Nach Einschätzung der FRB trug der Fonds massgeblich dazu bei, « dass die Thematik Rassismus und Fremdenfeindlichkeit von der interessierten Öffentlichkeit und darüber hinaus als schwieriges, doch unumgängliches und konkret behandelbares soziales Problem anerkannt wird »⁹⁵¹. Nach Einschätzung des Gutachtenverfassers konnte der Fonds auch massgeblich auf ein Empowerment der Betroffenen sowie auf Entscheidungsmechanismen und die Gestaltung von Verhältnissen einwirken, was Voraussetzung für eine in sich kohärente Antidiskriminierungsarbeit ist. Besonders viele Projekte dienten der Ermächtigung von Betroffenen. So zielten etwa der Aufbau und die Vernetzung von Anlauf- und Beratungsstellen sowie die Befähigung von nichtspezifischen Beratungsstellen zur fachkundigen Berücksichtigung der Thematik auf ein Empowerment der Betroffenen. Ebenso der Ermächtigung Benachteiligter dienten die zahlreichen Projekte zur Professionalisierung und längerfristigen Sicherung von fachspezifischen Organisationen, deren nachhaltige Vernetzung über regionale und fachspezifische Grenzen hinweg.

5.2 Förderung von Antidiskriminierungsprojekten im Rahmen der Integrationsförderung

Das aktuelle Programm zur Mobilisierung der Kantone, in ihre Integrationsarbeit verstärkt auch die Bekämpfung von Diskriminierungen einzubauen, bedeutet eine zentrale Weichenstellung in der Antidiskriminierungspolitik des Bundes. Neben der spezialisierten Diskriminierungsbekämpfung betreffend die Bereiche Geschlecht, ethnisch-kulturelle Herkunft, Antirassismus und Behinderung steht neu auch die Bekämpfung von Diskriminierung in der Integration im Fokus des Bundes. Hierbei handelt es sich jedoch

⁹⁵¹ Vgl. hierzu den Evaluationsbericht der FRB, S. 12.

Schwerpunktmässig um ein Antidiskriminierungsprogramm, das den weichen Fördermassnahmen zuzuordnen ist, d.h. es stehen weniger der Ausbau der harten rechtlichen Diskriminierungsverbote und der Privilegierungen als vielmehr die Sensibilisierung, Prävention, Beratung und Öffnung der Institutionen im Vordergrund. Der Bund stellt hierfür den Kantonen und Gemeinden sowohl in fachlicher als auch finanzieller Hinsicht strategische und operative Unterstützung zur Verfügung⁹⁵². Dazu gehören etwa:

- Informationsveranstaltungen,
- Workshops für den Auf- und Ausbau strategischer Konzepte;
- Workshops für den Auf- und Ausbau spezifischer Antidiskriminierungsmassnahmen;
- Entwicklung spezifischer Sensibilisierungs-, Präventions- und Beratungsmodule.

5.3 Nationales Programm « Migration und Gesundheit »

Das bis anhin auf Bundesebene bekannteste und auch am weitesten fortgeschrittene Regelstrukturenprojekt, das explizit auch mit der Rassismusbekämpfung in Zusammenhang gebracht wird, ist das nationale Programm « Migration und Gesundheit ». Es bezweckt, das Gesundheitsverhalten und den Gesundheitszustand der Migrationsbevölkerung in der Schweiz zu verbessern⁹⁵³. Der Projektgrundlage nach bedeutet Herstellung von Chancengleichheit auch, dass Migranten und Migrantinnen dieselben Chancen haben sollen wie Einheimische, ihr Gesundheitspotential zu entfalten. Der Handlungsbedarf orientiert sich u.a. an der Tatsache, dass der Zugang zu Leistungen des Gesundheitssystems für viele Migrantinnen und Migranten verbesserungswürdig ist. Dabei zeigt sich auch die Mehrdimensionalität der Problematik, sind doch Migrant_innen oft einem erhöhten Gesundheitsrisiko ausgesetzt und überdurchschnittlich von Armut oder Arbeitslosigkeit betroffen; somit spielt also nicht nur der Migrationshintergrund, sondern auch die Dimension der sozialen Stellung eine gewichtige Rolle in der Frage der Chancen(un)gleichheit. Auch ist die Berücksichtigung des Genderaspekts ein Handlungsprinzip der Nachfolgestrategie 2008-2013.

Das Programm baut auf der Erkenntnis auf, dass das schweizerische Gesundheitswesen insgesamt noch zu wenig für die in neuerer Zeit stark gewachsene Vielfalt der Migrationsbevölkerung gerüstet ist. So fehle dem Fachpersonal nicht selten die transkulturelle Kompetenz, also die Fähigkeit, Migranten und Migrantinnen in ihrem individuellen Lebenskontext wahrzunehmen. Auch würden bei der Planung und Bereitstellung von Angeboten der Gesundheitsförderung und Prävention einzelne Gruppen der Migrations-

⁹⁵² Vgl. hierzu im Detail vorne, a.a.O.

⁹⁵³ Siehe hierzu Strategie Migration und Gesundheit (Phase II: 2008-2013), Bundesamt für Gesundheit BAG (Hrsg.), Bern 2007. Siehe zudem die Informationen auf <http://www.bag.admin.ch/shop/00038/00247/index.html?lang=de> (Zugriff: 29.11.2010).

bevölkerung oft vergessen. Je nach Lebensumständen und Erfahrungen bräuchten Personen mit Migrationshintergrund teilweise auch spezifische medizinische Leistungen.

5.4 Kompetenzzentrum Integration durch Sport KIS

Seit Januar 2009 ist das Kompetenzzentrum Integration durch Sport (KIS) dem Bundesamt für Sport (BASPO) in Magglingen angegliedert. Dieses Kompetenzzentrum befasst sich mit Forschung und Weiterbildung, publiziert Broschüren zum Thema und unterstützt Projekte, die sich dem Thema Sport und Integration widmen. Auf der Grundlage des Berichtes « Probleme der Integration von Ausländerinnen und Ausländern in der Schweiz » (Integrationsbereich 2006) und dem darauf basierenden Massnahmenpaket der « Interdepartementalen Arbeitsgruppe für Migrationsfragen (IAM) » hat das Bundesamt für Sport den Aufbau und die Entwicklung eines Kompetenzzentrums vorgeschlagen.

Das Kompetenzzentrum leistet im Sinne einer administrativen positiven Massnahme einen Beitrag zum Schutz vor ein- und mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung. Sport fördert die Integration, indem er auf die Gestaltung von pluralistischen Verhältnissen im professionellen aber insbesondere auch im Freizeitsportbereich zielt. Ebenso kann es die von Diskriminierung Betroffenen ermächtigen, so wenn etwa belegt ist, dass Sport positive Wirkungen auf Gesundheit, Wohlbefinden, Leistungsfähigkeit und Lebensqualität hat. Auch zielt das Projekt darauf ab, Entscheidungen in Sportvereinen an Sportveranstaltungen etc. hinsichtlich ihrer Bedeutung für die Integration und den Schutz vor Diskriminierung sensibler auszugestalten.

Das KIS kann Projekte unterstützen, die einen Beitrag zur Integration der Migrationsbevölkerung durch Sport leisten. So unterstützt das KIS etwa Projekte des Programms « Projets Urbains »⁹⁵⁴. Weiter gibt es interessante Projekte unterschiedlichster Projektträgerschaften, die den Intersektionalitätsansatz berücksichtigen, so beispielsweise das Projekt « Begegnung durch Bewegung » von der Swiss Academy for Development SAD und der Eidgenössischen Hochschule für Sport Magglingen EHSM, das die soziale Integration von Kindern und Jugendlichen mit Migrationshintergrund bezweckt⁹⁵⁵. Interessant sind insbesondere Projekte, die auf die Gestaltung von Entscheidungsprozessen und von pluralistischen Verhältnissen abzielen, so etwa das bereits erwähnte Projekt « Projets Urbains » und das Projekt Start Up von Caritas, das Verantwortliche in Sportvereinen mit Fragen zur Gewinnung von Mitgliedern, im speziellen von Mitgliedern mit Migrationshintergrund oder zum Umgang mit neuen Mitgliedern konfrontieren möchte⁹⁵⁶.

⁹⁵⁴ Siehe hierzu

<http://www.baspo.admin.ch/internet/baspo/de/home/themen/foerderung/breitensport/integration.parsysrelated1.76682.downloadList.79294.DownloadFile.tmp/100330pubasporeport09d.pdf> (Zugriff: 4. Januar 2011).

⁹⁵⁵ Zum Projekt siehe <http://www.children-on-the-move.ch/projekt.php?p=70> (Zugriff: 4. Januar 2011).

⁹⁵⁶ <http://www.children-on-the-move.ch/projekt.php?p=106> (Zugriff: 4. Januar 2011).

Schliesslich gibt es auch Projekte, die auf die Ermächtigung von Migrant_innen und damit auch von Diskriminierungsbetroffenen zielen, so etwa « Velofahrkurse für Migrantinnen und Migranten: In Bewegung mit Pro Velo! »⁹⁵⁷.

5.5 Gleichstellungsmassnahmen im Gleichstellungsgesetz

a. Fördermassnahmen durch Finanzierung von Gleichstellungsprojekten

Für die aktive Förderung der Chancengleichheit von Frau und Mann im Erwerbsleben stellt der Bund auf der Grundlage des Gleichstellungsgesetzes finanzielle Mittel bereit⁹⁵⁸. Unterstützt werden innovative und praxisnahe Projekte mit langfristiger Wirkung, Beratungsstellen sowie Unternehmen. Im 2010 stehen gesamthaft 4,3 Millionen Franken zur Verfügung. Die Projekte stellen typische Fördermassnahmen dar, da sie auf die tatsächliche Chancengleichheit von Frauen und Männern zielen. Finanzhilfen beantragen können öffentliche und private, nicht gewinnorientierte Trägerschaften (und seit 2009 auch Unternehmen). Die Förderprojekte berücksichtigen zudem den Ansatz der Intersektionalität, beispielsweise indem sie sich gezielt auch an Migrantinnen- und Migrantenorganisationen richten.

Projekte, deren Hauptziel die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Frau und Mann im Erwerbsleben ist, umfassen die Gleichstellung von Frau und Mann am Arbeitsplatz und im Unternehmen, familienfreundliche Rahmenbedingungen im Erwerbsleben und die Gleichstellung in der beruflichen Laufbahn. Nach einer überblickartigen Analyse des Gutachters zielen sie auf alle drei Handlungsebenen, nämlich auf die Ermächtigung von Betroffenen, auf die Gestaltung von Entscheidungen und auf die Gestaltung von Verhältnissen (Pluralität). Insgesamt handelt es sich daher um eine vorbildhafte d.h. in sich kohärente und umfassend abgestützte Förderpolitik.

Für die Ermächtigung von Diskriminierungsbetroffenen zentral sind zudem diejenigen Projekte, die Beratungsstellen unterstützen, die Fragen des Erwerbslebens betreffen. Dazu gehören die berufliche Standortbestimmung und Neuorientierung, der Wiedereinstieg und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Weiter umfassen die Projekte auch die beratende Unterstützung durch arbeitsrechtliche Abklärungen und Beratungen bei konkreten Fällen von Diskriminierung. Kaum von Bedeutung ist jedoch das harte rechtliche Empowerment, so etwa die Unterstützung von Beratungsstellen, die gezielt auch individuelle und strategische Klagen und Beschwerde nutzen. Weiter hat das EDI entschieden, dass zwischen Juli 2007 und Ende 2012 keine neuen Beratungsstellen unterstützt werden können.

⁹⁵⁷ <http://www.children-on-the-move.ch/projekt.php?p=185> (Zugriff: 4. Januar 2011).

⁹⁵⁸ Zum Ganzen siehe <http://www.ebg.admin.ch/dienstleistungen/00016/00103/index.html?lang=de> (Zugriff: 5. Januar 2011).

Für die positive Einwirkung auf die Gestaltung von Entscheidungen und die Gestaltung von Verhältnissen, die sich überwiegend an die Gruppe der Machtvollen richten, ist der Ausbau der Finanzhilfen für unternehmerische Projekte, denn « (...) Teams, die aus Männern und Frauen bestehen, arbeiten sachorientierter und kreativer als reine Männer- oder Frauenteam »⁹⁵⁹. Seit 2009 stehen bis 2016 pro Jahr 1 Million Franken zur Verfügung für Projekte von Unternehmen mit dem Ziel, die Chancengleichheit bei den Mitarbeitenden zu fördern.

b. Voraussetzungen einer wirksamen Förderung von Beratungsstrukturen

Zwischen 2005 und 2009 wurden jährliche Evaluationen zur Qualität der Beratungsleistung im Rahmen der unterstützten Beratungsstellen vorgenommen. Die Ergebnisse der Evaluationen zeigen, dass erstens eine qualitativ hochstehende Beratungsarbeit Voraussetzung dafür ist, dass eine Empowerment der Betroffenen auch wirksam realisiert werden kann. Zweitens kann der Schluss gezogen werden, dass die Unterstützungspraxis diesbezüglich gute Arbeit geleistet hat. Die vom EBG unterstützten Projekte stellen daher eine Massnahme dar, die direkt oder indirekt Frauen fördert, damit diese einen chancengleichen und diskriminierungsfreien Zugang zum Erwerbsleben erhalten.

Kern der Evaluation war, dass sich eine wirksame Politik der Förderung von Beratungsstellen gewissen Rahmenbedingungen zu unterordnen hat. Die Rahmenbedingungen umfassen die Beratungsstruktur und deren Zugänglichkeit, die Beratungsarbeit, die Instrumente der Qualitätssicherung und eine bewusste Steuerung durch das EBGB.

Anforderungen:

- Eine wichtige Anforderung an die Beratungsstellen ist ihre Niederschwelligkeit (leichte Erreichbarkeit über unterschiedliche Kanäle, persönliche und rasche Aufnahme und Beratung, zentrale Lage und guter Verkehrsanschluss, angemessene Öffnungszeiten, Tragbarkeit der Gebühren für alle sozialen Schichten, angenehmes Beratungsklima z.B. durch freundliche Räume).
- Eine weitere zentrale Anforderung sind adressatengerechte und flexible Beratungsangebote. Zentrale Angebote sind etwa Einzelfallhilfen im Sinne längerer Beratungen, Kurzkontakte (per Telefon, Email, persönlicher Kontakt) und die Vermittlung. Weniger bedeutend sind Gruppenberatungen.

⁹⁵⁹ Zitat von Markus Graf, Leiter HR Schweiz, Schneider Electric Gruppe, Horgen, wiedergegeben unter <http://www.ebg.admin.ch/dienstleistungen/00016/00284/index.html?lang=de> (Zugriff: 5. Januar 2011).

- Weiter von Bedeutung ist eine gute Vernetzung der Beratungsstellen, d.h. die Mitarbeiter_innen sollten über Kenntnisse ihres Umfelds und der Beratungsangebote verfügen, dies insbesondere auch über die Pflege persönlicher Kontakte.
- Auch entscheidend ist die gute Vermarktung der Stelle und ihres Angebotes gegen aussen, etwa durch Vernetzung über persönliche Kontakte (s. vorne), eine gezielte Öffentlichkeitsarbeit über z.B. Prospekte oder Dokumentationsmappen.
- Eines der Kernqualitätskriterien ist zudem die Qualität der Beratung. Es braucht gut qualifizierte Beratende (die nur über eine gute berufliche Ausbildung und Berufserfahrung hergestellt werden kann), die Beratung ist inter- und transzdisziplinär auszugestalten, das Angebot sollte breit ausgerichtet sein (Information, Beratung, Coaching) und der Beratungsablauf ist bewusst zu strukturieren und zu steuern.
- Ein weiterer wesentlicher Punkt ist die Qualitätssicherung. Eine solche setzt als Grundlage ein transparentes und verbindliches Betriebskonzept voraus, auf dessen Basis ein Beratungskonzept definiert wird, das erklärt, auf welchen theoretischen Grundlagen die Beratungstätigkeit basiert, die Gestaltung und den Ablauf einer Intervention beschreibt, Kriterien zur Messung von Erfolg und Wirkung festlegt und dem Umgang mit vertraulichen Daten regelt.
- Abschliessend ebenso wichtig ist die Möglichkeit der Inter- und Supervision. Beide Methoden dienen letztlich der Reflexion und Verbesserung der eigenen Arbeit.

Insgesamt lässt sich am Modell des EBG grundsätzlich folgern, dass eine breite und tiefe Unterstützung von Beratungsstrukturen Voraussetzung für ein wirksames Empowerment der Diskriminierungsbetroffenen ist. Eine staatliche Gewährleistung von Beratungsstrukturen ist daher unabdingbar für eine glaubwürdige und effektive Antidiskriminierungspolitik. Sie darf aber weder nach dem Streukannenprinzip noch ohne jegliche Qualitätssicherung bzw. Unterstützung im Know-how-Aufbau und im Ausbau von Wissen und Können vorgenommen werden. Eine staatliche Gewährleistung von Beratungsstrukturen setzt daher auch voraus, dass Qualitätskriterien definiert werden und der Staat Verantwortung für deren Einhaltung und Aufbau hat.

5.6 Behindertengleichstellungsrechtliche Integrationsförderung

a. Fördermassnahmen durch Finanzierung von Integrationsprojekten

Die gesetzlichen Grundlagen der positiven Massnahmen zugunsten von Menschen mit Behinderung auf den Ebenen Bund und Kantone finden sich in Art. 5 BehiG, der den Bund zur Ergreifung positiver Massnahmen zugunsten von Menschen mit Behinderungen verpflichtet. Darüber hinaus hat er zum Ziel, die

Kantone zu mobilisieren, damit auch diese positive Massnahmen ergreifen: « Bund und Kantone ergreifen Massnahmen, um Benachteiligungen zu verhindern, zu verringern oder zu beseitigen » (Abs. 1). Wichtig ist dabei aber nicht nur die Bekämpfung eindimensionaler Diskriminierung, sondern ebenso die Berücksichtigung der Mehrdimensionalität der Chancengleichheiten. Zentrales Anliegen ist insbesondere die Bekämpfung der Diskriminierung von Frauen mit Behinderung, so tragen Bund und Kantone « den besonderen Bedürfnisse behinderter Frauen Rechnung ». Darüber hinaus sind aber auch die Anliegen von Migrant_innen (bzw. spezifischer Migrantengruppen) mit Behinderung zu berücksichtigen, sofern dies notwendig erscheint. Dabei sind selbstverständlich die völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zu berücksichtigen⁹⁶⁰.

Die konkreten rechtlichen Grundlagen zur Förderung der Chancengleichheit im Bereich der Gleichstellung von Menschen mit Behinderung finden sich auf Bundesebene in Art. 13-19 BehiG. Von besonderem Interesse für Gleichstellungsprojekte im Kanton Bern sind die Art. 16 (Programme zur Integration Behinderter), Art. 17 (Pilotversuche zur Integration im Erwerbsleben) und Art. 18 (Information, Beratung und Überprüfung der Wirksamkeit). Gemäss Art. 16 BehiG kann der Bund Programme durchführen, die der besseren Integration Behinderter in die Gesellschaft dienen (Art. 16 Abs. 1). Die Programme betreffen alle Lebensbereiche und können insbesondere die Bereiche Bildung, berufliche Tätigkeit, Wohnen, Personaltransport, Kultur und Sport betreffen (Art. 16 Abs. 2). Der Bund kann sich an solchen Programmen gesamtschweizerischer oder sprachregionaler Organisationen beteiligen, insbesondere mit Finanzhilfen (Art. 16 Abs. 3). Eine Übersicht der Programme findet sich auf der Homepage des EBGB⁹⁶¹ und geordnet nach Lebensbereichen auch auf der Homepage der Fachstelle Égalité Handicap⁹⁶². Weiter kann der Bundesrat nach Art. 17 BehiG Pilotversuche durchführen oder unterstützen, um Anreizsysteme für die Beschäftigung Behinderter zu erproben. Er kann zu diesem Zwecke Investitionsbeiträge für die Schaffung oder Einrichtung behindertengerechter Arbeitsplätze vorsehen.

Schliesslich kann der Bund nach Art. 18 Informationskampagnen durchführen, um das Verständnis der Bevölkerung für die Probleme der Gleichstellung und für die Integration Behinderter zu erhöhen und um den betroffenen Kreisen die verschiedenen Handlungsmöglichkeiten aufzuzeigen (Art. 18 Abs. 1). Er kann Private und Behörden beraten und ihnen Empfehlungen abgeben (Art. 18 Abs. 2). Zudem untersucht er regelmässig, wie sich seine Massnahmen auf die Integration auswirken. Er kann auch die Auswirkungen von Massnahmen untersuchen, die andere Gemeinwesen oder Privatpersonen ergreifen (Art. 18 Abs. 3).

⁹⁶⁰ Siehe vorne, a.a.O.

⁹⁶¹ <http://www.edi.admin.ch/ebgb/00587/00605/index.html?lang=de> (Zugriff: 29.11.2010).

⁹⁶² Siehe die Informationen unter den jeweiligen Themendossiers (<http://www.egalite-handicap.ch/themendossiers.html>) unter Fakten (Zugriff: 29.11.2010).

Auf der Ebene des Bundes hat das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB die Aufgabe, positive Massnahmen zu definieren, zu koordinieren und zu unterstützen. Das EBGB fördert die Information über Gesetzesgrundlagen und Richtlinien zur Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung der Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen, Gleichstellungsprogramme und -kampagnen, die Analyse und Untersuchung im Bereich der Gleichstellung und Integration sowie die Koordination der Tätigkeit der auf diesem Gebiet agierenden öffentlichen und privaten Einrichtungen (Art. 19 BehiG).

5.7. Grundsätze der Fördermassnahmen: Zentrale Koordination, Umsetzung in den Regelstrukturen, Intersektionalität

Die noch relativ junge Politik des Bundes zum Schutz vor ein- und mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung ist breit abgestützt und entwickelt sich verstärkt in Richtung einer umfassenden horizontalen und vertikalen Steuerung der Bekämpfung von Diskriminierung über weiche Fördermassnahmen. Entlang der Darstellung lassen sich die folgenden drei Grundsätze erkennen:

- *Zentrale Koordination:* Die Politik des Bundes zur Bekämpfung von ethnisch-kultureller Diskriminierung wird zentral koordiniert. Dies gilt nicht nur für den Antirassismusbereich, sondern ebenso für die weiteren prioritären Bereiche der Frauengleichstellung und der Behindertengleichstellung.
- *Dezentrale Umsetzung:* Die zentralen Koordinationsstellen nehmen jüngst verstärkt die Funktion einer Steuerung der dezentralen Umsetzung wahr.
- *Subsidiäre zentrale Umsetzung:* Nebst der dezentralen Umsetzung engagieren sich alle drei Stellen immer noch substanziell in eigenständiger Regie, so insbesondere über die Integrations- und Gleichstellungsförderung mittels finanzieller und fachlicher Unterstützung.
- *Intersektionalität:* Jüngst lassen sich auch vermehrt Kooperationen über die Dimensionen ethnisch-kulturelle Herkunft, Geschlecht und Behinderung beobachten.

6. Fördermassnahmen im VE-IntG

Art. 15 ist das Herzstück des VE-IntG betreffend den Schutz vor Diskriminierung. Demnach ergreifen der Kanton und die Gemeinden Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft einer Person (Abs. 1). Sowohl vom Begriff der « Verhinderung » als auch von demjenigen der « Beseitigung » sind auch aktive Massnahmen zur Förderung der Chancen-

gleichheit miterfasst⁹⁶³. Die in Absatz 2 vorgenommenen Spezifizierungen verdeutlichen, dass auch positive Massnahmen durchaus mitbedacht sind. Diese Massnahmen « umfassen namentlich eine gezielte Öffentlichkeits- und Sensibilisierungsarbeit, ein Beratungsangebot für Betroffene sowie die Kooperation mit den zuständigen Behörden des Bundes und anderen in diesem Gebiet tätigen öffentlichen und privaten Einrichtungen » (Absatz 2).

Die Regulierung im Integrationsgesetz ist breit aufgestellt. Die im Rahmen des Integrationsgesetzes geförderten Projekte können über unterschiedliche Handlungsinstrumente realisiert werden: der Sensibilisierung, der Prävention und der Intervention. Diese können Instrumente der Förderung und der Schaffung institutioneller Rahmenbedingungen umfassen; hingegen werden keine neuen Nichtdiskriminierungsansprüche verankert. Die Umsetzungsmassnahmen setzen auf den drei Handlungsebenen: der Ermächtigung Benachteiligter (Empowerment), der Gestaltung von Entscheidungen und der Gestaltung von Verhältnissen (Pluralismus) ansetzen. Insgesamt ist im Rahmen des Integrationsgesetzes eine wirkungsvolle Förderung des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung möglich – sofern die Regelungen im Rahmen der Verordnung konkretisiert sowie in einem Strategieprozess problem- und prozessorientiert konzipiert und umgesetzt werden. Selbstredend müssen zudem genügend Ressourcen für die Projektrealisierung zur Verfügung gestellt werden.

Die Grundlagen ermöglichen dem Kanton Bern, im Rahmen der völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben Massnahmen zur Förderung spezifischer Migrant_innengruppen vorzunehmen, dies sowohl im Sinne von Privilegierungen als auch im Sinne von weichen Fördermassnahmen. Privilegierungen müssen hingegen als harte positive Massnahmen, die über allgemeine Sensibilisierungs-, Präventions- und Interventionsmassnahmen hinaus benachteiligte Menschen bevorzugend behandeln – im Rahmen der jeweiligen Tätigkeitsfelder jeweils spezifischen gesetzlichen Regelungen unterworfen werden. Gerade dort, wo der Grundsatz der Gleichbehandlung tangiert ist, sollte eine transparente Regelung für Klarheit sorgen.

D. Institutionen

Ein klug strukturiertes Paket zentraler und in den Regelstrukturen verankerte, spezialisierte Verwaltungseinheiten, zwischenstaatliche Institutionen und private Organisationen mit staatlichen Leistungsaufträgen führen zu einer erheblichen Effektivitäts- und Effizienzsteigerung in der Antidiskriminierungsarbeit. Erfahrungswerte zeigen, dass gesetzliche Diskriminierungsverbote und Fördermassnahmen nur über nachhaltige, d.h. konkrete und verbindliche institutionelle Zuständigkeiten ihren Zwecken entsprechend Wir-

⁹⁶³ Vortrag, insb. 31f.

kung und Wirksamkeit entfalten. Daher sollen im Folgenden die bereits bestehenden institutionellen Mechanismen vorgestellt werden.

Eine umfassende Darstellung der institutionellen Vorkehrungen zur Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung ist im Rahmen des vorliegenden Auftrages nicht möglich. Die folgenden Darstellungen konzentrieren sich daher auf die wichtigsten staatlichen Institutionen in der Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung. Dabei wird unterschieden einerseits zwischen im Antirassismusbereich spezialisierten Institutionen und solchen Institutionen, die sich ausschliesslich oder neben anderen Tätigkeiten auch um die Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung bemühen. Andererseits wird unterschieden zwischen Bundesinstitutionen, Institutionen des Kantons Bern und Institutionen auf der Ebene der Kommunen des Kantons Bern. Dabei werden sowohl staatliche Institutionen als auch private Institutionen mit einem Leistungsauftrag berücksichtigt.

1. Völker- und verfassungsrechtliche Vorgaben

Sowohl das Völker- als auch das Verfassungsrecht verpflichten die Schweiz zur Schaffung angemessener institutioneller Rahmenbedingungen zwecks Bekämpfung von ein- und mehrdimensionaler Diskriminierung. Dies ergibt sich aus der allgemeinen menschen- und grundrechtlichen Schutz- und Gewährleistungspflicht⁹⁶⁴. Bei der Umsetzung haben Bund und die Kantone einen relativ grossen Ermessensspielraum, insbesondere in der funktionalen und organisatorischen Ausgestaltung und finanziellen Ausstattung der jeweiligen Institutionen. In den folgenden Erläuterungen werden die rechtlichen Vorgaben (inkl. dem rechtlich nicht verbindlichen soft law) skizziert.

1.1 Rechtlich verbindliche Vorgaben

Gemäss Art. 7 RDK verpflichten sich die Vertragsstaaten, unmittelbare und wirksame Massnahmen, insbesondere auf dem Gebiet des Unterrichts, der Erziehung, Kultur und Information, zu treffen, um Vorurteile zu bekämpfen, die zu Rassendiskriminierung führen, zwischen den Völkern und Rassen – oder Volksgruppen Verständnis, Duldsamkeit und Freundschaft zu fördern sowie die Ziele und Grundsätze der Charta der Vereinten Nationen, der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, der Erklärung der Vereinten Nationen über die Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und dieses Übereinkommen zu verbreiten.

Die RDK verpflichtet die Schweiz, institutionelle Strukturen zur Umsetzung der Bildungs- und Sensibilisierungsvorgaben zu schaffen.

⁹⁶⁴ Siehe vorne, a.a.O.

Die völkerrechtlichen Verpflichtungen richten sich ausschliesslich an den Bund. Mit Einrichtung der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB ist die Schweiz dieser nachgekommen, auch wenn die relativ schwache finanzielle Ausgestaltung sowie anderweitige Mängel in der organisatorischen und funktionalen Unabhängigkeit regelmässig vom für die zentrale Überwachung der Antirassismuskonvention zuständigen Rassendiskriminierungsausschuss gerügt werden⁹⁶⁵.

Über die RDK hinaus gibt es keinerlei weitergehende verbindlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen; insbesondere gehen die jeweiligen Diskriminierungsverbote in den beiden UNO-Pakten, in der Menschenrechtskonvention sowie in den anderen für die Schweiz verbindlichen Menschenrechtsverträgen hinsichtlich der institutionellen Anforderungen weniger weit als die RDK. Ebensowenig verlangen die verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote keine darüber hinausgehenden institutionellen Massnahmen.

Hingegen sehen die Frauenrechtskonvention im Bereich der Frauengleichstellung und die für die Schweiz unverbindliche Behindertenrechtskonvention ähnliche völkerrechtliche Verpflichtungen im institutionellen Bereich vor. Diese sind für den Bereich der Bekämpfung mehrdimensionaler Diskriminierung von Bedeutung.

Auch hier wurden auf Bundesebene mit dem eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann und der Frauenkommission sowie dem eidgenössischen Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen entsprechende Vorgaben erfüllt.

Im Rahmen dieser völkerrechtlichen Vorgaben ist der Bund verpflichtet, dafür zu sorgen, dass auch die Kantone in ihrem verfassungsmässigen Aufgabenbereich institutionelle Vorkehrungen treffen. Zudem verlangen die verfassungsrechtlichen Vorgaben (Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 BV, Art. 10 KV) ebenso eine minimale institutionelle Absicherung des Schutzes vor Diskriminierung und des Abbaus von struktureller Diskriminierung im Rahmen kantonaler Zuständigkeitsbereiche.

Nach vorliegender Auffassung erfüllen die im kantonalen Integrationsgesetz angeführten Massnahmen diese Minimalanforderungen. So soll der Fachstelle für die Integration mit dem Integrationsgesetz konkret der Auftrag erteilt werden, die Koordination der Antidiskriminierungsmassnahmen zu übernehmen; darüber hinaus sind die kantonalen Behörden und die Gemeinden verpflichtet, mit der Fachstelle für die

⁹⁶⁵ Vgl. hierzu etwa die Concluding Observations zum 4. und 5. und 6. periodischen Staatenbericht an den zuständigen Rassendiskriminierungsausschuss.

Integration zu kooperieren⁹⁶⁶. Ein Abbau der aktuell vorgesehenen Massnahmen im VE-IntG wäre aus völker- und verfassungsrechtlicher Perspektive heikel.

1.2 Soft Law

Das internationale Soft Law (unverbindliches Recht) umfasst zwei zentrale Dokumente im Bereich der institutionellen Vorkehrungen zur Bekämpfung ein- oder mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung: So fordert die ECRI in ihrer Empfehlung Nr. 2 die Schaffung einer spezialisierten Institutionen zur Bekämpfung von Rassismus, Fremdenfeindlichkeit, Antisemitismus und Intoleranz. Einer solchen Institution sollte auf verfassungs- oder zumindest gesetzesrechtlicher Ebene vorgesehen sein. Die Institution hat zahlreiche Aufgaben im Bereich der Sensibilisierung und Prävention. Sie ist unabhängig auszugestalten, insbesondere sollte sie mit genügenden finanziellen Mitteln ausgestattet werden und in ihrer Ausübung unabhängig von Einflüssen agieren können. Die Institution ist pluralistische zusammenzusetzen.

Die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR entspricht mit einzelnen Abstrichen diesen Vorgaben. Problematisch sind insbesondere deren schwache rechtliche Legitimation auf der Grundlage des Bundesratsbeschlusses mittels lediglich eines Bundesratsbeschlusses, sowie deren beschränkte Unabhängigkeit in funktionaler und finanzieller Hinsicht. Beispielsweise verlangt der Bundesratsbeschluss, die vorgängige Einwilligung öffentlicher Stellungnahmen der EKR durch das Generalsekretariat EDI. Hingegen kann de facto festgestellt werden, dass die EKR ihr Mandat in den bis anhin zwölf Jahren ihres Bestehens mit zahlreichen kritischen Stellungnahmen gegenüber Bundesinstitutionen in starker Unabhängigkeit ausübte. Es bleibt jedoch die Tatsache der rechtlich schwachen Ausgestaltung der Unabhängigkeit, deren Wirklichkeit bis anhin massgeblich von den Mitgliedern der Landesregierung, dem Support innerhalb der Verwaltung und der Kommission, und insbesondere dem Präsidium geprägt wurde.

Neben der Schaffung spezialisierter staatlicher Institutionen sieht das Soft law zudem die Schaffung nationaler Menschenrechtsinstitutionen vor. Die sogenannten « Pariser Prinzipien » fordern nationale Institutionen zur Förderung und den Schutz der Menschenrechte. Diese Institutionen erhalten ein möglichst breites Mandat. Sie haben verschiedene Aufgaben, so etwa eine unabhängige Beratungsfunktion für das Gemeinwesen. Sie fördern die Harmonisierung innerstaatlicher Rechtsvorschriften und Praktiken mit den internationalen Menschenrechtsübereinkünften. Weiter fördern sie die Ratifikation der internationalen Menschenrechtsübereinkünfte, beteiligen sich am innerstaatlichen Monitoring und unterstützen das internationale Monitoring der Umsetzung der Menschenrechte.

⁹⁶⁶ Zu den kantonalen Verpflichtungen siehe insbesondere hinten, a.a.O.

Die Zusammensetzung der nationalen Institutionen und die Ernennung ihrer Mitglieder, ob durch Wahl oder auf andere Weise, bestimmen sich nach einem Verfahren, das alle erforderlichen Garantien für die pluralistische Vertretung der an der Förderung und am Schutz der Menschenrechte beteiligten Kräfte (der zivilen Gesellschaft) bietet. Nationale Institutionen müssen über die erforderliche Infrastruktur für die reibungslose Wahrnehmung ihrer Aufgaben verfügen, insbesondere über ausreichende Finanzmittel. Um die Stabilität des Mandats der Mitglieder der nationalen Institutionen zu gewährleisten, ohne die eine echte Unabhängigkeit nicht möglich ist, sind sie durch einen offiziellen Akt zu ernennen, der die genaue Dauer ihres Mandats festlegt. Die nationale Menschenrechtsinstitution verfügt über ein unbegrenztes Akteneinsichts- und Untersuchungsrecht. Darüber hinaus gibt es ergänzende Grundsätze betreffend die Stellung von Kommissionen mit quasi-gerichtlicher Zuständigkeit. So können nationale Institutionen ermächtigt werden, bestimmte Einzelfälle betreffende Beschwerden und Petitionen entgegenzunehmen und zu prüfen.

Die Schweiz hat die Vorgaben der « Pariser Prinzipien » bis anhin nicht erfüllt; dies gilt auch mit der Schaffung des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR), die am 3. September 2010 in einer Medienmitteilung des Eidgenössischen Departementes für Äusseres EDA und des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements EJPD mitgeteilt wurde.

Nach einem langjährigen Entstehungsprozess und Auswahlverfahren hat ein Verbund von Universitätsinstituten aus Bern, Neuchâtel, Fribourg und Zürich das Mandat erhalten. Ebenfalls in den Verbund integriert sind als Vertragspartner das Zentrum für Menschenrechtsbildung der Pädagogischen Hochschule Zentralschweiz sowie der Verein humanrights.ch, der für Information und Sensibilisierung sowie für die Vernetzung mit der Zivilgesellschaft zuständig ist. Das Kompetenzzentrum hat seinen Betrieb im Februar 2011 aufgenommen und wird sich erstmals im Mai offiziell der Öffentlichkeit vorstellen⁹⁶⁷.

Der Auftrag des SKMR besteht darin, die nationalen Kapazitäten zur Umsetzung der Menschenrechte zu stärken, indem es Informationen und Beratungen, sowie Instrumente und Plattformen für den Austausch unter den verschiedenen Akteuren bereitstellt. Dies entspricht nicht dem von den Pariser Prinzipien geforderten breiten Mandat. Ebenso wenig entsprechen die Vorgaben der Unabhängigkeit der aktuellen Realität: so erhält das Kompetenzzentrum einen relativ geringen Basisbeitrag des Bundes, den es durch eigene Ressourcen ergänzen muss. Zusätzliche Mittel werden zudem aufgrund von Aufträgen erwartet, die Kantone, Gemeinden, Städte, der Privatsektor und die Zivilgesellschaft dem Zentrum erteilen. Es bleibt abzuwarten, ob das SKMR nach Ablauf der Pilotphase im 2015 in eine den Pariser Prinzipien entsprechende Institution überführt wird.

⁹⁶⁷ Die Informationen finden sich auf www.humanrights.ch.

1.3 Verpflichtungen auf kantonaler Ebene?

Weder das verbindliche Völkerrecht noch das Soft law verpflichtet die Kantone zu spezifischen institutionellen Vorkehrungen; völkerrechtlich verpflichtet ist einzig der Bund gegenüber den anderen Vertragsstaaten. So hat der Bund dafür zu sorgen, dass die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Pflichten umsetzen. Zudem verlangen auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben minimale institutionelle Vorkehrungen. Wie bereits erwähnt, würden diese bei Inkrafttreten des Integrationsgesetzes erfüllt, zumindest betreffend den Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung von Ausländer_innen.

Damit eine möglichst effektive Umsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Vorgaben realisiert werden kann, ist es zudem ratsam, auch ein unabhängiges staatliches Organ einzusetzen, das sich an den Anforderungen des ECRI orientiert. Die Schaffung einer kantonalen Menschenrechtsinstitution ist hingegen nicht notwendig und führt zudem zu einer unnötigen Doppelspurigkeit; vielmehr sollte das Know-how des SKMR genutzt werden, da dies auch einen expliziten Auftrag zur Unterstützung der Kantone hat. Denkbar ist aber die Einrichtung einer kantonalen Fachstelle für Menschenrechte auf Verwaltungsebene⁹⁶⁸, welche die Umsetzung der menschenrechtlichen Vorgaben auf der Ebene des Kantons Bern insgesamt fördern kann.

Schliesslich verpflichten das AuG, die VintA sowie der VE-IntG den Kanton und die Gemeinden, mit den im Bereich der Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung zuständigen Behörden des Bundes und anderen in diesem Gebiet tätigen öffentlichen und privaten Einrichtungen zu kooperieren.

2. Spezialisierte Antirassismusstellen

Auf allen drei Ebenen des Gemeinwesens – Bund, Kanton Bern, Gemeinden des Kantons Bern – gibt es staatliche und private Stellen, die im Bereich der Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung spezialisiert sind. Folglich werden die für die Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung zuständigen Stellen kurz vorgestellt.

2.1 Bund

a. Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR

Die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (EKR) ist eine ausserparlamentarische Kommission, die vom Bundesrat zur Umsetzung des Internationalen Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RKD) eingesetzt wurde. Laut Mandat des Bundesrats vom 23. August 1995 « be-

⁹⁶⁸ Wie es etwa der Kanton Genf vorsieht.

fasst sich die EKR mit Rassendiskriminierung, fördert eine bessere Verständigung zwischen Personen unterschiedlicher Rasse, Hautfarbe, nationaler und ethnischer Herkunft, Religion, bekämpft jegliche Form von direkter und indirekter Rassendiskriminierung und schenkt einer wirksamen Prävention besondere Beachtung ».

Die EKR ist nicht unabhängig und entspricht daher nicht den Anforderungen des ECRI. Die Beschränkungen ihrer Tätigkeit zeigen sich auf den Ebenen der finanziellen und funktionellen Unabhängigkeit. So hat die Kommission dem EDI jährlich ihr Arbeitsprogramm zu unterbreiten und auf Ende des Jahres über ihre Tätigkeit zu berichten. Auch kann sie lediglich im Einvernehmen mit dem Eidgenössischen Departement des Innern Expertinnen und Experten zu ihren Beratungen beiziehen oder Hearings durchführen. Weiter bedürfen die Veröffentlichung von Mitteilungen, Berichten, Empfehlungen und Anträgen der Kommission der Zustimmung des Eidgenössischen Departements des Innern. Zudem ist die EKR befugt, von den Amtsstellen des Bundes Auskünfte zu verlangen, die sie für die Durchführung ihrer Aufgaben benötigt; sie hat aber kein Recht darauf. Organisatorisch ist die EKR dem EDI angegliedert.

Der Präsident oder die Präsidentin und die Mitglieder der Kommission werden vom Bundesrat für eine Amtsperiode von 4 Jahren gewählt bzw. bestätigt. Die Vizepräsidentinnen oder die Vizepräsidenten werden durch die übrigen Kommissionsmitglieder gewählt bzw. zu Beginn einer Amtsperiode bestätigt. Die Amtszeit ist auf 12 Jahre beschränkt und kann in begründeten Einzelfällen auf höchstens 16 Jahre verlängert werden. Die Kommission ist ausgewogen nach Interessengruppen, Geschlecht, Sprache, Religionen und Altersgruppen zusammengesetzt. Die 15 Fachpersonen werden vom Bundesrat « ad personam » ernannt und vertreten Religionsgemeinschaften, Minderheiten, Nichtregierungsorganisationen, die Sozialpartner (Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinnenorganisationen), die Konferenz der Erziehungs- und der Polizeidirektoren⁹⁶⁹.

Die Aufgaben der EKR werden im Mandat des Bundesrats aufgelistet. Die Eidgenössische Kommission gliedert ihr Mandat in folgende Aufgaben:

- Sensibilisierung der Öffentlichkeit,
- Empfehlungen an Behörden,
- Beobachtung und Analyse gesellschaftlicher Entwicklungen,
- Unterstützung und Beratung von Betroffenen,

⁹⁶⁹ Zur aktuellen Zusammensetzung siehe <http://www.ekr.admin.ch/org/00188/00190/00191/index.html?lang=de> (Zugriff: 29.11.2010).

- Zusammenarbeit mit Interessierten,
- Vernetzungs- und Sensibilisierungsmassnahmen, und
- Monitoring.

Als Bundesstelle kann die EKR eine interessante Rolle für die Behörden des Kantons Bern und der Gemeinden im Kanton wahrnehmen. Zentral ist ihre unabhängige Position, die es ermöglicht, eine zwischen Behörden, Gemeinwesen und Drittparteien vermittelnde und beratende Position einzunehmen. So besteht etwa die Möglichkeit, Expertisen und Stellungnahmen zu spezifischen Problemstellungen einzufordern. Weiter bietet sie Unterstützung bei der Ausarbeitung und Umsetzung von Strategien, Konzepten sowie Sensibilisierungs- und Präventionsveranstaltungen. Auch besteht die Möglichkeit, eine Beratung so etwa zu rechtlichen Fragen einzuholen, sowie eine Schlichtung oder Vermittlung im Rahmen von konkreten Diskriminierungskonflikten zu erbeten.

b. Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB

Die Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB ist eine im Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern (EDI) angesiedelte Verwaltungsstelle. Sie fördert und koordiniert Aktivitäten zur Prävention von Rassismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit und zur Förderung der Menschenrechte auf eidgenössischer, kantonaler und kommunaler Ebene (Art. 3 lit. a MAV). Sie koordiniert ihre Tätigkeiten mit der Bundesverwaltung, den ausserparlamentarischen Kommissionen, den Kantonen, den Gemeinden und den zuständigen interkantonalen Konferenzen (lit. b). Sie führt selber und in Zusammenarbeit mit Dritten Projekte durch (lit. c), prüft die Projekte Dritter, begleitet und betreut sie und überwacht ihren Fortschritt und evaluiert die Projekte (lit. d). Sie koordiniert die Projekte (lit. e). Auch ist sie für die begleitende Öffentlichkeitsarbeit zuständig (lit. f).

Ebenso wie die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR ist die FRB Dienstleisterin für den Kanton Bern und die Gemeinden des Kantons Bern. Sie bietet zahlreiche Informationen zum Thema Rassismus, kann auf Anfrage auch fachliche Unterstützung anbieten, formuliert Kriterien zur Umsetzung der Rassismusbekämpfung. Im Gegensatz zur EKR, die schwerpunktmässig aus ihrer unabhängigen Perspektive eine kritische aber auch eine vermittelnde Position einnehmen kann und rechtsberatend tätig ist, liegt die Aufgabe der FRB in erster Linie bei der Vernetzung und Informationsverbreitung für die Kantone und Gemeinden.

c. Fachstelle Extremismus in der Armee

Die Fachstelle Extremismus in der Armee wurde im Mai 2002 auf der Basis der Genehmigung des Departementsvorstehers im März 2001 geschaffen und mit einer 50%-Stelle besetzt. Gestützt auf einen Bundes-

ratsbeschluss ordnete man die Fachstelle aus Synergie- und Effizienzgründen im August 2005 der Fachstelle für Rassismusbekämpfung (FRB) im Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) administrativ zu. Die Fachstelle erfüllt ihre Aufgaben aber weiterhin ausschliesslich zu Gunsten der Armee und ist ihrem Auftraggeber, dem Chef Personelles der Armee (FGG 1), verantwortlich.

Die Fachstelle koordiniert die Bemühungen zur Vermeidung von Extremismus in der Armee, ist Meldestelle für Vorfälle von Extremismus in der Armee und steht Militärdienst leistenden Angehörigen der Armee, aber auch deren Eltern und Familien offen. Die Fachstelle hat folgende Aufgaben: Sie wirkt mit in der Schulung und Sensibilisierung künftiger Armeekader, berät und unterstützt das VBS, seine Organisationseinheiten und die Armee in Belangen des Extremismus, beschafft themenspezifische Informationen, vernetzt sich mit internen und externen Fachstellen, beantwortet Anfragen von Armeeingehörigen, Behörden und Medien und kommuniziert mit der Öffentlichkeit⁹⁷⁰.

Im Rahmen ihres Zuständigkeitsbereiches kann die Fachstelle auch Ansprechstelle für Anliegen der Kantone und Gemeinden sein, so etwa im Rahmen von diskriminierenden Konflikten in den Gemeinden, in welche sich im Dienst befindende Armeeingehörige verwickelt sind. Ebenso verfügt die Fachstelle Extremismus in der Armee über allgemeine Informationen zum Thema Extremismus in der Armee, die etwa auf Anfrage im Rahmen von kommunalen oder kantonalen Sensibilisierungs- und Präventionsanlässen verbreitet werden können.

d. Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte

s. Ausführungen vorne (a.a.O.).

2.2 Kanton Bern (Auswahl)

a. gggfon – Gemeinsam gegen Gewalt und Rassismus

Das gggfon ist eine Informations- und Beratungsstelle der Regionen Bern und Burgdorf zum Thema Gewalt und Rassismus. Träger des gggfon sind 49 Gemeinden aus dem Raum Bern und Burgdorf⁹⁷¹. Das gggfon richtet sich an:

- von gewalttätigen und rassistischen Übergriffen betroffene Personen;

⁹⁷⁰ Siehe Flyer unter http://www.vtg.admin.ch/internet/vtg/de/home/militaerdienst/allgemeines/fachstelle_extremismus.parsys.0004.downloadList.00041.DownloadFile.tmp/80194flyerextremismusarmee.pdf (Zugriff: 8. Dezember 2010).

⁹⁷¹ Siehe hierzu eine Liste der Gemeinde unter <http://www.gggfon.ch/index.php?action=view&id=71&mview=95> (Zugriff: 8. Dezember 2010).

- Jugendliche,
- Eltern,
- Personen in der Jugendarbeit oder Lehrtätigkeit,
- weitere Personen aus der Bevölkerung, die Information und Beratung suchen oder eine Beobachtung melden möchten,
- Personen, die sich in ihrer Menschenwürde verletzt fühlen, und
- Personen, welche aus einer rechtsradikalen Gruppierung aussteigen möchten.

Die Ziele des gggfon sind:

- In den Regionen Bern und Burgdorf wird ein Zeichen gegen Gewalt und Rassismus gesetzt,
- Gewalt und Rassismus werden zum Thema gemacht – auch dort, wo sie noch zu keinen öffentlichen Problemen geführt haben,
- das gggfon engagiert sich gegen diskriminierende Äusserungen oder Handlungen, und
- es leistet einen Beitrag für eine Kultur des menschlichen Umgangs und fördert Zivilcourage.

Das gggfon bietet:

- Beratung für Kontakt suchende Personen,
- Unterstützung von Fachpersonen, Behörden, Institutionen und Organisationen, die mit der Thematik Gewalt und Rassismus konfrontiert sind,
- Lösungsansätze im Bereich Gewalt und Rassismus,
- Vermittlung von Fachstellen und Informationen,
- Organisation und Durchführung von Fachtagungen, Workshops und Referaten, und
- Initiierung von Projekten und Aktionen.

b. Multimondo Biel/Bienne

Die zweisprachige Anlauf- und Beratungsstelle SOS Racisme/Rassismus der Region Biel/Bienne steht Ratsuchenden (Betroffene, Angehörige/Freunde von Betroffenen, Zeugen/-innen, Interessierte) sowie Fachpersonen der Region offen. SOS Racisme/Rassismus bietet qualifiziert Beratung und konkrete Hilfestellungen bei Fragen rund um Rassismus und Diskriminierung. Dazu gehören:

- Kurzberatung/Triage,
- Abklärungen zu rechtlichen Problemstellungen,
- Informationen zu Massnahmen in den Bereichen Sensibilisierung, Prävention und Intervention,
- Vermittlung und Intervention,
- Weiterbildung,
- Projektarbeit.

c. humanrights.ch

Der gesamtschweizerisch tätige und im Kanton Bern stark verwurzelte Verein humanrights.ch informiert und analysiert die Umsetzung der menschenrechtlichen Diskriminierungsverbote in der Schweiz. Der Verein unterstützt NGO's und Verwaltung in der Umsetzung der Diskriminierungsverbote. Weiter beobachtet der Verein aus einem kritischen Blickwinkel die Massnahmen der Gemeinwesen zur Förderung des Diskriminierungsschutzes.

Konkret:

- Humanrights.ch erarbeitet Vernehmlassungen und Stellungnahmen zu Gesetzesvorlagen (wie z.B. den potentiellen Ausbau des Antidiskriminierungsrechts) sowie in Zusammenarbeit mit anderen NGO's sogenannte Schattenberichte zur offiziellen Berichterstattung bezüglich der Umsetzung von ratifizierten Menschenrechtsübereinkommen (so etwa der Rassendiskriminierungskonvention).
- Humanrights.ch führt in einem Joint-Venture mit der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus ein Projekt zur Stärkung der Beratungsstellen für Opfer von rassistischer Diskriminierung. Dazu gehören ein System der Dokumentation und des Monitoring von Beratungsfällen, die

Publikation eines juristischen Ratgebers, ein Gefäss für den fachlichen Austausch von Anlauf- und Beratungsstellen sowie Angebote an Aus- und Weiterbildung für Beratende.

- Humanrights.ch unterstützt Bund, Kantone und Gemeinden bei der Formulierung und Umsetzung von Antidiskriminierungsmassnahmen, insbesondere nimmt humanrights.ch Stellung zu konkreten Projekten (wie z.B. zum VE-IntG).

3. Nicht spezialisierte Stellen

Das Herzstück des VE-IntG betreffend den Schutz vor Diskriminierung stellt Art. 15 dar. Absatz 2 sieht vor, dass Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung ethnisch-kultureller Diskriminierung in Kooperation mit den zuständigen Behörden des Bundes und in diesem Gebiet tätigen öffentlichen und privaten Einrichtungen umgesetzt werden sollen. Zu diesen Stellen gehören auch zahlreiche Integrations- und weitere Migrationsfachstellen im Kanton, in den Gemeinden und auf Bundesebene, die keine spezialisierte Antirassismussarbeit betreiben. Eine umfassende Präsentation dieser Stellen würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Daher wird empfohlen, eine entsprechende Bestandsaufnahme vorzunehmen, in welcher das bestehende Antidiskriminierungsknowhow nicht im Antirassismusbereich spezialisierter Stellen vorgestellt wird.

04. VE-IntG: Optionen der Umsetzung

A. Diskriminierungsschutz als hierarchiefreies Konzept

Als Vorbemerkung sei erlaubt: Ein grund- und menschenrechtlich fundierter, gerechter und effektiver Diskriminierungsschutz beschränkt sich weder auf die Integrationsarbeit noch auf die im Vorentwurf des Integrationsgesetzes unter dem Begriff der ethnisch-kulturellen und der rassistischen Diskriminierung implizit erfassten Dimensionen (Herkunft, ethnische Zugehörigkeit, Religionszugehörigkeit und physiognomische Eigenschaften wie Hautfarbe, Haarpracht oder Augenform)⁹⁷². Vielmehr fordern die Grund- und Menschenrechte auf programmatischer Ebene einen hierarchiefreien Antidiskriminierungsansatz, der den Diskriminierungsschutz auf sämtliche Diskriminierungsdimensionen ausdehnt, aufgrund derer Menschen in der historischen und gegenwärtigen Realität Stigmatisierung und Ausgrenzung ausgesetzt sind (z.B. Alter, Behinderung, soziale Stellung, Geschlecht, sexuelle Orientierung).

Daher sollten Bund, Kantone und Gemeinden ihre Politik auch entsprechend hierarchiefrei aufstellen⁹⁷³. Dies erlaubt erstens, den Blickwinkel der gleichen Rechte für alle Bürger_innen auszuweiten. Zweitens schafft dies die Möglichkeit, integrationspolitische Massnahmen breiter als ausschliesslich auf die ethnisch-kulturelle Problematik zu denken, so etwa durch die Berücksichtigung folgender beispielhafter Problemfelder:

- Hindernisse von Ausländer_innen mit Behinderung (etwa gehörlose Ausländer_innen),
- Herausforderungen von Frauen ohne Schweizer Staatsangehörigkeit,
- Probleme fahrender Menschen ohne Schweizer Pass,
- Schwierigkeiten beim Zugang zu Arbeitsstellen bildungsferner Migrant_innen, oder
- Herausforderungen von Flüchtlingskindern.

Das vorliegende Gutachten bezieht sich nun aber – beschränkt auf den Auftrag des Gutachtens – auf Vorschläge, die ausschliesslich den *Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung* im Rahmen der *kanto-*

⁹⁷² Vgl. hierzu auch die knappe Übersicht der rechtswissenschaftlichen Kritik am hierarchisierenden schweizerischen Antidiskriminierungsrecht bei NAGUIB, Antidiskriminierungsrecht im Vergleich.

⁹⁷³ Dies ist gegenwärtig noch nicht der Fall. Vgl. hierzu etwa PÄRLI, Gleichbehandlung; NAGUIB, Antidiskriminierungsrecht im Vergleich; JAUN, Antidiskriminierungsrecht; BESSON, L'égalité horizontale.

nal-bernischen Integrationspolitik betreffen. Trotz dieser doppelt-hierarchisierenden Einschränkung empfiehlt sich, ethnisch-kulturelle Diskriminierungen soweit als möglich auch aus den Perspektiven Alter, soziale Stellung, Geschlecht, sexuelle Orientierung und Behinderung zu betrachten⁹⁷⁴.

B. Struktur einer kantonalen Antidiskriminierungsstrategie

Im letzten Kapitel werden auf der Grundlage der bisherigen Ausführungen potentielle Massnahmen zum Schutz vor ein- und mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung auf der Basis des Integrationsgesetzes skizziert. Rechtlicher Rahmen bilden der völker- und verfassungsrechtliche Diskriminierungsschutz⁹⁷⁵; im Zentrum stehen dabei die Pflicht zur Vornahme einer grund- und menschenrechtlich fundierten Antidiskriminierungspolitik⁹⁷⁶ sowie die völker- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen⁹⁷⁷ einer solchen Antidiskriminierungspolitik. Dabei gilt es zu beachten, dass die daraus fliessenden Pflichten primär programmatischer Natur sind, die dem Kanton Bern in der Umsetzung einen relativ grossen Ermessensspielraum lassen⁹⁷⁸. Doch werden die Massnahmen folglich bewusst breit aufgestellt und sind dadurch als Gesamtpaket in ihrer Spezifität zwar rechtlich nicht zwingend. Hingegen sind sie nach Auffassung des Verfassers einen Vorschlag für eine *gute Lösung* einer grund- und menschenrechtlich fundierten – d.h. effektiven und gerechten – Antidiskriminierungspolitik.

Das vorgeschlagene Modell einer Antidiskriminierungspolitik und das darauf aufbauende Massnahmenpaket orientieren sich an den gesetzlichen Rahmenbedingungen im Integrationsgesetz⁹⁷⁹ und berücksichtigen die Vorgaben der Integrationspolitik des Bundes⁹⁸⁰. Entscheidend ist, ob es dem Kanton Bern gelingt, eine den gesetzgeberischen Inhalten genügende und zielführende Politik zu konzipieren und umzusetzen. In diesem Sinne soll der Vorschlag als Leitschnur für die Konkretisierung in der Integrationsverordnung und die Formulierung einer Antidiskriminierungsstrategie im Rahmen des Leitbildes und der Massnahmenpläne gemäss Art. 16 VE-IntG dienen.

Bevor die Massnahmenvorschläge skizziert werden, bedarf es einer grundsätzlichen Strukturierung der kantonalen Antidiskriminierungspolitik. Damit der Kanton Bern als ein Akteur unter vielen den Schutz vor ein- und mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung auch effektiv und effizient realisieren kann, muss er vorweg seine Position und Rolle in der Gesamtgesellschaft und im eidgenössischen

⁹⁷⁴ Vgl. hierzu hinten, a.a.O.

⁹⁷⁵ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

⁹⁷⁶ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

⁹⁷⁷ So z.B. bei Privilegierungen. Siehe hierzu vorne, a.a.O.

⁹⁷⁸ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

⁹⁷⁹ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

⁹⁸⁰ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

Staatsaufbau klären. Dazu gehörten die Klärung der horizontalen und vertikalen Verantwortungen und die interne Strukturierung. Darüber hinaus bedarf es der grundsätzlichen Strukturierung der strategischen Ausrichtungen, d.h. der Darstellung der der Ziele, des Rechtsinstrumentariums, der Handlungsebenen, der Handlungsinstrumente und der Zuständigkeiten, mit denen der Kanton seine Position und Rolle im Rahmen eines möglichen künftigen Integrationsgesetzes grund- und menschenrechtlich fundiert ausfüllen kann.

Im Folgenden wird eine Zeichnung einer grundsätzlichen Strukturierung einer kantonalen Antidiskriminierungspolitik versucht. Die vorgeschlagene Grundstruktur umfasst folgende Elemente, die es im Rahmen des Leitbildes, der strategischen Ausrichtung und der Massnahmenpläne zu berücksichtigen gilt:

LEITBILD & STRATEGIE DER ANTIDISKRIMINIERUNGSARBEIT

- Grundprinzip
 - è Leitsatz der inhaltlichen Stossrichtung.
- Verantwortung
 - > Grundsätze der Verantwortung und Kooperation zwischen den Akteuren.
- Ziele
 - > Anleitung betreffend anzustrebende Resultate.
- Rechtsinstrumentarium
 - > Legitimation des staatlichen Handelns durch spezifische Rechtsinstrumente.
- Handlungsebenen
 - > Ebenen, auf denen die Massnahmen ansetzen.
- Handlungsinstrumente
 - > Instrumente zur Umsetzung der Massnahmen.
- Kontrolle
 - > Handlungsanleitung zur Evaluation und Reformulierung der Massnahmen.

MASSNAHMENPLÄNE

- Massnahmen
 - > Formulierung konkreter Massnahmen: Thema und Rechtsgrundlage(n), Ziel(e), Inhalt(e), Handlungsebene(n), Handlungsinstrument(e), Kontrolle.

1. Grundprinzipien

Gleichheit fordern - Chancengleichheit fördern

Der aktuelle integrationspolitische Slogan des « Forderns und Förderns » – der ein « politischer Kompromiss ist, der die verschiedenen Integrationsansätze zu vereinbaren versucht »⁹⁸¹ – bedarf der Versachlichung durch eine Ergänzung mit dem Ansatz der Gleichheit und Antidiskriminierung. Damit erfährt die Integrationspolitik eine entscheidende Blickwinkelausweitung⁹⁸², mit dem der eigentliche Fokus nicht mehr nur auf die zu integrierenden Ausländer_innen gerichtet wird, sondern ebenso die integrationshemmenden diskriminierenden Strukturen und der interpersonellen Diskriminierungen der anwesenden Schweizer_innen (bzw. der Mehrheitsgesellschaft) in den Fokus gelangt⁹⁸³.

Diskriminierungsschutz horizontal denken

Ethnisch-kulturelle Diskriminierungen manifestieren sich in den seltensten Fällen in « reiner » Form, sondern sind vielmehr oft mit anderen Diskriminierungsdimensionen wie z.B. Behinderung, soziale Stellung, Alter, sexuelle Orientierung und Geschlecht verwoben. Daher ist im Rahmen der Umsetzung des im VE-IntG verankerten Auftrages darauf zu achten, dass auch weitere Diskriminierungsdimensionen berücksichtigt werden, soweit diese den Aspekt der ethnisch-kulturellen Diskriminierung mitbetreffen. Dieser semi-horizontale Ansatz lässt sich insbesondere mit der völkerrechtlichen und zudem in der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2-4 i.V.m. Art. 35) und in der Verfassung des Kantons Bern (Art. 10 i.V.m. Art. 27 Abs. 1-3) verankerten Diskriminierungsschutzpflicht begründen.

2. Verantwortung

Gesamtgesellschaftliche Aufgabe auf der Grundlage des Grundsatzes der Subsidiarität

Die Bekämpfung von Diskriminierung ist eine Daueraufgabe der (Gesamt-)Gesellschaft. Sie gewährleistet wesentliche Interessen der Gesamtgesellschaft wie den öffentlichen Frieden, die Menschenwürde, den Gleichheitsanspruch, die ökonomische Stabilität und die soziale Sicherheit. Diese gesellschaftlichen Interessen umfassen alle Lebensbereiche wie etwa Bildung, Arbeit, Sicherheit, Kultur, Wirtschaft etc. Ge-

⁹⁸¹ WICHMANN, « Fördern und Fordern », S. 6.

⁹⁸² Wobei der Widerspruch auch im Integrationsgesetz im Grundsatz bestehen bleibt (s. WICHMANN, « Fördern und Fordern », S. 7f.).

⁹⁸³ Im Kern geht es also nicht darum, « den Prozess der Eingliederung durch Sanktionen und Belohnungen » zu begünstigen (vgl. dazu auch WICHMANN, « Fördern und Fordern », S. 3), auch nicht, ein subventioniertes Sprachangebot zu stärken, sondern um den Abbau von diskriminierenden Integrationsschranken beim Zugang zu Ressourcen (Auch hier WICHMANN, « Fördern und Fordern », S. 3).

sellschaft besteht zudem sowohl aus staatlichen als auch nichtstaatlichen Akteuren – d.h. unterschiedliche institutionalisierte Organisationen und Spontanbewegungen aus der Zivilgesellschaft. Antidiskriminierungsarbeit ist daher als politisch relevante Herausforderung ein Thema, das sich quer durch alle Gesellschaftsbereiche hindurchzieht und sämtliche gesellschaftlichen Akteure in die Verantwortung nimmt. Und in diesem Gesamtkontext hat sich der Kanton Bern als ein eigenständiger und zugleich abhängiger – bzw. interdependent eingebundener – und zur Kooperation mit allen Akteuren staatlicher und nichtstaatlicher Natur im Rahmen seiner verfassungsmässigen Zuständigkeit zu positionieren.

Antidiskriminierungsarbeit ist daher eine gesamtgesellschaftliche Querschnittsaufgabe, die den Staat verpflichtet, in allen seinen jeweiligen Zuständigkeitsbereichen Diskriminierung zu bekämpfen und dies kooperativ sowohl auf vertikaler als auch auf horizontaler Ebene. Diese Bekämpfung ist auf der Basis der Grund- und Menschenrechte sowie in Anlehnung an das Integrationsgesetz in Zusammenarbeit mit der Zivilgesellschaft sowie dem Bund zu realisieren. So arbeiten gemäss Art. 54 Abs. 5 AuG die Behörden des Bundes, der Kantone und Gemeinden, die Sozialpartner, die Nichtregierungsorganisationen und Ausländerorganisationen bei der Integration zusammen⁹⁸⁴. Konkret hat der Kanton Bern die Aufgabe, den Diskriminierungsschutz im Rahmen der Integrationsarbeit in den zuständigen Kompetenzbereichen wie z.B. Bildung, Sicherheit, Gewerbe etc. umzusetzen.

Vertikale Staatsverantwortung

Antidiskriminierungsarbeit nimmt den Staat als Ganzen in die Pflicht. Alle drei Ebenen der Eidgenossenschaft – Bund, Kantone und Gemeinden – sind gefordert. Völkerrechtlich verpflichtet sich der Bund gegenüber den Vertragsstaaten, zudem verpflichtet sich der Staat gegenüber den Grund- und Menschenrechtsträger_innen. Die Verpflichtung zur Bekämpfung der Diskriminierung auf allen drei Ebenen des Gemeinwesens ergibt sich zumindest für den Bereich der Integration zusätzlich auch aus Art. 4 und 53 i.V.m. Art. 2 VintA und aus dem kantonalen Integrationsgesetz.

Die Aufteilung der Kompetenzen innerhalb eines föderalistischen Staatswesens braucht eine Klärung der Verpflichtungen und Zuständigkeiten, dies sowohl gegen aussen (d.h. gegenüber der Zivilgesellschaft) als auch gegen innen (d.h. zwischen Bund, Kantonen und Gemeinden). Die konkrete Rollenaufteilung zwischen Bund und den Kantonen im Bereich der Integration ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzausscheidung sowie der bundesrechtlichen Rahmengesetzgebung im Bereich Integration. So verpflichtet Art. 53 Abs. 1 AuG Bund, Kantone und Gemeinden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben die Anliegen der Integration zu berücksichtigen.

⁹⁸⁴ Siehe auch Art. 2 VintA.

Kantonsintern ist die Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung ebenso von den Gemeinden zu leisten, da auch hier in der Regel eigenständige kantonale Autonomiebereiche vorliegen, die das Querschnittsthema der Antidiskriminierungsbekämpfung betreffen. So ergreifen etwa gemäss E-IntG nicht nur der Kanton sondern ebenso auch die Gemeinden Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft einer Person (Art. 15 Abs. 1).

3-Gewalten-Verantwortlichkeit

Die Bekämpfung von Diskriminierung ist eine Aufgabe, die alle drei Staatsgewalten – Legislative, Exekutive und Judikative – in die Pflicht nimmt. Der Gesetzgeber ist gefordert, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, die vor Diskriminierung Schutz bieten. Die Exekutive bzw. Verwaltung hat die entsprechenden strategischen Konzepte und Massnahmen zu definieren und umzusetzen. Die Judikative wiederum hat auf der Basis der geltenden Rechtslage Recht zu sprechen, wenn sie gefordert ist.

Gleiches gilt für die Antidiskriminierungsarbeit. So wurde im Gutachten eingehend dargestellt, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist, staatliche Diskriminierung zu untersagen sowie Rechtsnormen zu schaffen, die vor privater Diskriminierung im öffentlichen Raum Schutz bieten. Gemäss verfassungsrechtlicher Kompetenzausscheidung bedeutet dies vorwiegend eine Verpflichtung des Bundes mit dem Mittel des Privat- oder Strafrechts. Darüber hinaus sind aber auch die Kantone in die Pflicht genommen, insbesondere zur Verhinderung staatlicher Diskriminierung. Schliesslich sollte der Kanton gesetzgeberische Massnahme prüfen, die ergänzend zum Privatrecht dem Diskriminierungsverbot und dem Ausgleich faktischer Diskriminierung verstärkt auch zwischen Privaten zum Durchbruch verhelfen.

Regierungsverantwortung

Regierungsfunktion bedeutet planende, zukunftsgerichtete und gemeinwohlbezogene staatliche Oberleitung. Eine Regierung bestimmt die Ziele und Mittel seiner Regierungspolitik und plant und koordiniert die staatlichen Tätigkeiten. Bei der Erfüllung ihrer Aufgaben soll eine Regierung auf die staatliche Einheit und den Zusammenhang des Gemeinwesens hinwirken und die Vielfalt des Gemeinwesens bewahren⁹⁸⁵. Regieren bedeutet daher nicht einfach verwalten von Aufgaben, sondern vorausschauendes und strategisches denken und entwickeln von Zielen und realistischen Visionen zugunsten der gesamten Bevölkerung, so insbesondere auch der Minderheiten. Regieren bedeutet kluges führen, indem der soziale Zusammenhalt innerhalb des Gemeinwesens bzw. der Gesellschaft gestärkt wird.

⁹⁸⁵ TSCHANNEN, Staatsrecht, S. 496f.

In diesem Sinne ist auch der Regierungsrat des Kantons Bern als « die oberste leitende und vollziehende Behörde »⁹⁸⁶ verantwortlich für ein visionäres, vorausschauendes, planendes, führendes, kontrollierendes und intervenierendes Organ im Diskriminierungsschutz.

Integrationspolitik – und der Schutz vor Diskriminierung als Teil dieser – ist aufgrund des damit verbundenen gesellschaftlichen Spannungsfeldes in besonderem Masse auf kluges, mutiges und engagiertes Regieren angewiesen. Eine wirksame Integrations- bzw. Antidiskriminierungspolitik führt zur Zusammenführung von Werten, zur Stärkung der Selbstverantwortung, zur Mobilisierung von individuellen Ressourcen und zur Chancengleichheit und dient damit letztlich dem sozialen Zusammenhalt, dem Schutz der Menschenwürde, der sozialen Sicherheit und dem Wohlstand und der Wohlfahrt eines Landes. Der Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung sollte daher von der Regierung des Kantons Bern mit Visionen und weit tragenden Zielen ausgestattet werden, die mutig an die Bevölkerung des Kantons Bern kommuniziert werden. Weiter ist es die Aufgabe einer Regierung, wenn desintegrative bzw. diskriminierende Vorkommnisse geschehen, sich klar und offen dagegen zu positionieren, etwa in couragierten Reden und anderweitigen Auftritten von Regierungsmitgliedern.

Verwaltungsverantwortung

Staatliches Verwalten bedeutet « die Besorgung gesetzlich übertragener Staatsaufgaben durch das Gemeinwesen »⁹⁸⁷. Die Verwaltungsfunktion bedeutet in Abgrenzung zur Regierungsfunktion nicht etwa ein zukunftsgerichtetes Formulieren von staatlichen Visionen, Zielen und deren Repräsentation, sondern eher ein umsetzen von konkreten Gesetzgebungsaufträgen im Sinne des Gesetzeszweckes. Dementsprechend ist die Integrationspolitik (bzw. der Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung) ebenso eine Verwaltungsaufgabe, indem das vom Regierungsrat erlassene Leitbild und die von ihm genehmigten Massnahmenpläne umgesetzt werden.

Koordinierte verwaltungsinterne Dezentralisierung

Die Bekämpfung von Diskriminierung lässt sich weder ausschliesslich einer Art der Verwaltungsaufgabe noch einer Art der Erfüllung der Verwaltungsaufgabe zuordnen. Im Gegenteil: Die Bekämpfung von Diskriminierung ist sowohl in der Art der Aufgabe als auch in der Erfüllung der Aufgabe eine klassische Querschnittsaufgabe der Verwaltung.

Die Durchsetzung des rechtlichen Diskriminierungsverbots, das etwa dem Strafrecht oder dem Aufsichtsrecht zuzuordnen ist, ist typischerweise den Ordnungsaufgaben und der Eingriffsverwaltung zuzuordnen.

⁹⁸⁶ MÜLLER/FELLER, Bernisches Verwaltungsrecht, S. 14.

⁹⁸⁷ GYGI, Verwaltungsrecht, S. 21.

Ebenso lässt es sich aber als eine Kombination von Ordnungsaufgabe, sozialpolitische Aufgabe und Infrastrukturaufgabe einerseits und der Eingriffs- und Leistungsverwaltung andererseits zuordnen. So stellt etwa das Beispiel der Subventionszahlung von Kindertagesstätten im Kanton Neuenburg mit der Auflage der Nichtdiskriminierung ein Beispiel dieser Mischform dar. Ziel ist nämlich das Zur-Verfügung-Stellen von Infrastruktur (Infrastrukturaufgabe), die Gewährleistung des Zugangs für sozial benachteiligte Menschen (sozialpolitische Aufgabe) sowie deren Sicherstellung durch Abschirmung der Störung durch Diskriminierung (ordnungspolitische Aufgabe), dies sowohl mittels Subventionszahlungen (Leistungsverwaltung) als auch über die aufsichtsrechtliche Intervention – etwa durch Streichung der Subvention (Eingriffsverwaltung).

Antidiskriminierungsarbeit stellt daher naturgemäss eine typische verwaltungsrechtliche Querschnittsverwaltungsaufgabe dar. Der Entwurf des Integrationsgesetzes des Kantons Bern geht ebenso in diese Richtung. So sieht Art. 15 Massnahmen zur Verhinderung vor, die namentlich (aber nicht abschliessend) eine gezielte Öffentlichkeits- und Sensibilisierungsarbeit, ein Beratungsangebot für Betroffene sowie die Kooperation mit den zuständigen Behörden des Bundes und anderen in diesem Gebiet tätigen öffentlichen und privaten Einrichtungen umfassen. Die Stossrichtung geht hier zwar deutlich in Richtung einer Leistungsverwaltung, zeigt aber, dass diese sowohl sozialpolitische als auch Infrastrukturaufgaben umfassen können. Die nicht abschliessende Aufzählung lässt zudem offen, inwiefern auch Lenkungsaufgaben oder Ordnungsaufgaben realisiert werden sollen.

Auch sieht das Gesetz vor, dass Kanton und Gemeinden ihre rechtlichen Regelungen und den Zugang zu kommunalen Leistungen auf Integrationshemmnisse überprüfen und Massnahmen zu deren Beseitigung treffen. Auch hier deutet die offene Formulierung darauf hin, dass die Massnahmen in den unterschiedlichen Aufgaben- und Erfüllungsarten denkbar sind. Zweck des Gesetzes ist letztlich, ethnisch-kulturelle Diskriminierungen zu verhindern und zu beseitigen, dies durch wirkungsvolle Massnahmen. Gehen diese über klassische Sensibilisierungs- und Strukturfördermassnahmen hinaus, so etwa im Bereich der Privilegierung (mittels Fördermassnahme) oder der ordnungsrechtlichen Intervention, bedarf dies selbstverständlich gesetzliche Anpassungen. Auch hier liegt es aber gemäss VE-IntG durchaus im Ermessen der zuständigen Fachstellen, auf der Basis des Integrationsgesetzes entsprechend Vorschläge zu konzipieren.

3. Ziele

Diskriminierung verhindern

Historisch betrachtet war und ist Diskriminierung in gesellschaftlichen Strukturen und in menschlichen Einstellungen und Haltungen auf bewusster und unbewusster Ebene potentiell angelegt. Daher ist primär-

res Ziel der Antidiskriminierungsarbeit zu verhindern, dass sich dieses Diskriminierungspotential in konkreten diskriminierenden Auswirkungen auf Menschen manifestieren.

Diskriminierung beseitigen und verringern

Diskriminierungen sind nicht nur Risiko, sondern ebenso eine gesellschaftliche Realität. Dies hat zur Folge, dass über die Verhinderung von Diskriminierung hinaus eines der Ziele ist, diese Diskriminierungen zu beseitigen bzw. so gut wie möglich zu verhindern. Dabei müssen die gesellschaftlichen Strukturen (wie Gesetze, Maximen, Handlungspraxen und wirkmächtige implizite Normen) und konkrete zwischenmenschliche Diskriminierungshandlungen Berücksichtigung finden.

Verstöße gegen Diskriminierung sanktionieren, wieder gut machen

Diskriminierungshandlungen haben konkrete Auswirkungen auf die Diskriminierungsbetroffenen. Berührt sind ihre psychische Integrität und darüber hinaus möglicherweise auch ihre materiellen und physischen Interessen. Ziel staatlicher Antidiskriminierungsarbeit muss daher ebenso die adäquate Sanktionierung und Wiedergutmachung dieser konkreten Beeinträchtigungen sein. Dies verlangt angemessene und einfach zugängliche Rechtsinstrumente.

4. Rechtsinstrumentarium

Für eine Umsetzung der Ziele staatlicher Antidiskriminierungspolitik ist es sinnvoll, spezifische Rechtsinstrumente zu deren Realisierung zu verankern. Hierbei geht es in erster Linie darum, staatliches Handeln rechtlich über die völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote hinaus zu legitimieren und im Grundsatz wirksam aufzustellen.

Diskriminierungsverbote

Diskriminierungsverbote sind rechtlich verankerte Verbote, die staatliche und in einem gewissen Rahmen auch private Diskriminierungshandlungen rechtlich untersagen. Verstöße dagegen ziehen Rechtsfolgen nach sich, die über entsprechende rechtliche Regelungen (Verfahrensrecht) sanktioniert werden (können). Zweck und Durchsetzung der Diskriminierungsverbote hängen im Wesentlichen vom Regulierungsziel ab. Je nachdem, welches Ziel verfolgt wird, werden Diskriminierungsverbote in unterschiedlichen Rechtsgebieten verankert. Denkbar sind strafrechtliche, privatrechtliche, ordnungsrechtliche und strukturelle Diskriminierungsverbote. Zum rechtlichen Instrument der Diskriminierungsverbote gehören auch die entsprechenden formellrechtlichen Massnahmen ihrer Durchsetzung.

Fördermassnahmen

Fördermassnahmen zielen im Gegensatz zu Diskriminierungsverboten nicht auf die Verhinderung individueller Diskriminierungen und die Sanktionierung rechtlicher Diskriminierungen, sondern auf den Abbau struktureller Diskriminierungen und auf die Unterstützung der Durchsetzung rechtlicher Diskriminierungsverbote. Sie umfassen einerseits Privilegierungen, die spezifische Gruppen, die gesellschaftlichen Nachteilen ausgesetzt sind, beim Zugang zu Ressourcen bevorzugen. Andererseits gehören auch weiche Antidiskriminierungsmassnahmen, die den Abbau von Diskriminierung unterstützen, ohne hierbei Dritte zu benachteiligen, dazu.

Institutionen

Salopp formuliert sind Diskriminierungsverbote und Fördermassnahmen de facto inexistent, solange sie nicht über konkrete Institutionen begünstigt werden, d.h. Behörden und private Organisationen der Auftrag erteilt wird, gesetzgeberische und administrative Massnahmen (wie Diskriminierungsverbote und Fördermassnahmen) zu formulieren, umzusetzen und zu kontrollieren. Daher braucht es wirksame Institutionen, die für die Politikformulierung, -gewährleistung, -kontrolle und unabhängigen Politikbeobachtung zuständig sind.

5. Handlungsebenen

Damit mit Antidiskriminierungsmassnahmen die entsprechenden Ziele wirksam umgesetzt werden, müssen diese am richtigen Ort ansetzen. Antidiskriminierungspolitikern setzen sinnvollerweise einerseits bei den Diskriminierungsbetroffenen und andererseits bei den Strukturen, Organisationen und Räumen an, wo Entscheide gefällt werden.

Ermächtigung von Diskriminierungsbetroffenen

Massnahmen zur Ermächtigung von Diskriminierungsbetroffenen zielen darauf, « Menschen, die diskriminiert werden (...) zu stärken ». Dazu gehören:

- Förderung von Netzwerken und Vereinigungen, welche die Interessen von Diskriminierungsbetroffenen vertreten: z.B. mittels öffentlicher Gelder, Beratung, Vernetzungsveranstaltungen, Bildungs- und Qualifizierungsmassnahmen;
- Förderung von Individuen, die (potentielle) Diskriminierungsbetroffene sind: z.B. Information über ihre Rechte, Persönlichkeitstraining, Zur-Verfügung-Stellen wirksamer Rechtsinstrumente (Diskriminierungsverbote, unentgeltliche Beratung, Unentgeltlichkeit der

Rechtsverfahren, niederschwellige Streitbeilegungsmechanismen, Beweisführungserleichterungen, Beweislastumkehr);

- Förderung von Organisationen und Bildungsinstitutionen, die Ermächtigungsmassnahmen umsetzen: z.B. mittels öffentlicher Gelder, Train-the-Trainer-Angebote, Formulierung von Leistungsaufträgen mit entsprechenden Qualitätsstandards.

Massnahmen zur Ermächtigung von Diskriminierungs betroffenen betreffen sämtliche Bereiche des staatlichen und privaten Handelns (z.B. Verwaltungen, Unternehmen, Schulen).

Gestaltung von Entscheidungen

Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen wenden sich nicht an Diskriminierungs betroffene, sondern direkt an Menschen mit Entscheidungsmacht, um diese dazu zu bringen, richtig und gerecht zu beurteilen bzw. zu entscheiden. Dazu gehören Angestellte von Verwaltungen, Gerichten, Unternehmen und weiteren Organisationen. Solche Massnahmen umfassen etwa:

- Diskriminierungsverbote und abschreckende Sanktionen, dies mit dem Ziel, einerseits Entscheidungsträger_innen bewusst zu machen, dass Diskriminierungen rechtswidrig sind, und andererseits diese dazu zu bringen, bewusst individuelle und strukturelle Mechanismen zu schaffen, dass Entscheide diskriminierungsfrei gefällt werden: z.B. über Diskriminierungsverbote in den Regelgesetzen/Weisungen/Richtlinien, Informationsveranstaltungen zur geltenden Rechtslage etc.
- Trainings für Entscheidungsträger_innen zur verbesserten Umsetzung des Nichtdiskriminierungsauftrages: z.B. Trainings für die Personalauswahl, zur diskriminierungsschutzsensiblen Beurteilung von Schüler_innen, betreffend den Polizeieinsatz an der Front etc.

Gestaltung von pluralistischen Verhältnissen

Massnahmen zur Gestaltung von pluralistischen Verhältnissen haben das Ziel der Pluralität. Sie bezwecken die Herstellung von Vielfalt in gesellschaftlich relevanten Räumen wie Verwaltung, Nachbarschaft, Unternehmen, Schule, Freizeit etc. Im Kern geht es darum, organisatorische Einheiten, informelle Gruppen und Räume so auszugestalten, dass verschiedene Lebensentwürfe darin Platz finden. Konkret sind solche Massnahmen etwa:

- Quotenregelungen: z.B. bei der Zusammensetzung von Kommission, Verwaltungsräten, bei der Anstellung, bei der Vergabe von Leistungsaufträgen etc.

- Weiche Förderung: z.B. durch Anwerbung von spezifischen Minderheitengruppen, sich in bestimmten Wohngebieten anzusiedeln etc.

6. Handlungsinstrumente

Damit mit Antidiskriminierungsmassnahmen die entsprechenden Ziele wirksam umgesetzt werden, müssen diese nicht nur am richtigen Ort ansetzen, sondern ebenso das angemessene Instrumentarium wählen.

Sensibilisierung

Sensibilisierungsmassnahmen umfassen sämtliche Massnahmen, welche die Sensibilität für Antidiskriminierungsmassnahmen stärken, die der Befolgung und Durchsetzung förderlich sind. Das TikK spricht von Bewusstseinsbildung mit dem Ziel, fremdenfeindliche Haltungen oder Handlungen vorzubeugen oder abzubauen. Konkret sind dies etwa:

- Informationsveranstaltungen: z.B. zu Rechten und Pflichten, zu gesellschaftlichen Herausforderungen (Umgang mit Zuwanderung).
- Bewusstseinsstrainings: z.B. zu Vorurteilen von Lehrkräften, Polizist_innen, Managern, Antidiskriminierungsberater_innen gegenüber ihren Klient_innen.

Prävention

Präventionsmassnahmen umfassen sämtliche Massnahmen, welche die Nichtbefolgung verhindern oder stoppen. Das TikK spricht von der Zielsetzung der konstruktiven Konfliktlösung. Alltägliche Konfliktsituationen können in Konstellationen, in welchen die Beteiligten sehr unterschiedliche Machtspositionen inne haben, von den strukturell Überlegenen missbraucht werden, indem diese ihre Position mit fremdenfeindlichen oder ethnozentrischen Argumenten festigen und eine konstruktive Konfliktlösung verhindern. Dem solle begegnet werden, indem sich die Beteiligten auf ein durch Dritte geleitetes Verfahren einlassen (müssen). Konkret sind dies etwa:

- Schlichtungsintervention: z.B. einer Schlichtungsbehörde, die zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber betreffend eine Mobbing-Problematik zu schlichten versucht.
- Diskriminierungsverbote: z.B. gesetzliche Diskriminierungsverbote, Weisungen von Ämtern oder Aufsichtsbehörden an Mitarbeiter_innen bzw. zu beaufsichtigende Unternehmen.

Präventionsmassnahmen sind weiter auch Massnahmen, die innerhalb einer Organisationseinheit strukturelle Änderungen anstreben, die dazu führen, dass Diskriminierungshandlungen grundsätzlich verhindert werden. Konkret sind dies etwa:

- Anti-bias-Prozesse: z.B. langfristig ausgerichtete Prozesse, die die Belegschaft von Verwaltungs- und Unternehmenseinheiten anleiten, sich mit ihren eigenen diskriminierenden Haltungen und Elementen in der Zusammensetzung und bei den Entscheid- und Handlungsprozessen auseinanderzusetzen, Handlungsanleitungen zur Prävention zu formulieren, einzutrainieren und zu kontrollieren.

Intervention

Interventionsmassnahmen umfassen sämtliche Massnahmen, die der Einleitung und Umsetzung der Sanktionsmechanismen dienen. Gemäss dem TikK ist Zielsetzung der Intervention, « Täter zu stoppen und Opfer zu schützen ». Einzelne Personen oder Gruppen, welche sich aufgrund rassistischer Motive legitimiert fühlen andere zu bedrohen oder ihnen gegenüber Gewalt anzuwenden, müssen als solche erkannt werden. Ihnen ist im Rahmen der rechtsstaatlichen Mittel entgegenzutreten. Gleichzeitig müssen Bedrohte und Opfer geschützt und betreut werden.

Konkret sind dies beispielsweise:

- Strafrechtliche Intervention: z.B. gegenüber einem Unternehmer, der Menschen bestimmter Herkunft bei der Vergabe von Leistungen diskriminiert.
- Aufsichtsrechtliche Intervention: z.B. durch Anordnung, ein diskriminierendes Plakat im öffentlichen Raum abzuhängen.
- Opferschutz: z.B. durch Einleitung opferschutzrechtlicher Massnahmen gegenüber einem von rechtsextremer Gewalt betroffenen Ausländer.

Interventionsmassnahmen sind auch Massnahmen, die innerhalb einer Organisationseinheit strukturelle Änderungen anstreben, die dazu führen, dass Diskriminierungshandlungen grundsätzlich unterbunden werden.

Privilegierung

Privilegierungsmassnahmen umfassen sämtliche Massnahmen, die nachweislich von Diskriminierung betroffene Gruppen bei der Förderung von eigenen Ressourcen sowie beim Zugang zu ökonomischen, so-

zialen, kulturellen und politischen Ressourcen privilegieren, mit dem Ziel, die strukturellen Benachteiligungen beim Zugang zu Ressourcen auszugleichen⁹⁸⁸. Konkret sind dies etwa:

- Quotenregelungen: z.B. bei der Subventionierung von Unternehmen, bei der Anstellung von Beschäftigten.

Privilegierungen sind historisch betrachtet untypische Massnahmen für schweizerische Verhältnisse und stossen daher auf grosse Widerstände. Zudem besteht bei einer fehlerhaften Konzipierung von Privilegierungen, dass damit Diskriminierungen verstärkt und nicht etwa – wie bezweckt – abgebaut werden. Besonders heikel an Privilegierungen ist nämlich, dass sich diese an Gruppen orientieren und damit möglicherweise Stereotype und Diskriminierungen zementieren.

7. Massnahmenbereiche

Die folgende Darstellung der konkreten Massnahmenoptionen wird entlang des formulierten Rechtsinstrumentariums strukturiert. Grundsystematik bilden dabei die drei Typen von Umsetzungsinstrumenten: Diskriminierungsverbote (inklusive ihrer Durchsetzung) (Teil 1), Fördermassnahmen (Teil 2) und ihre institutionelle Absicherung (Teil 3). Im Kern bedürfen Diskriminierungsschutzmassnahmen namentlich die Verankerung von Diskriminierungsverboten, die sicherstellen, dass Diskriminierung durch den Staat oder private Diskriminierungen im öffentlichen Raum sanktioniert werden (können). Weiter bedarf es der Gewährleistung der Chancengleichheit mittels Fördermassnahmen, damit auch strukturelle Benachteiligungen beseitigt werden. Schliesslich sind Fördermassnahmen von einer nachhaltigen institutionellen Förderung abhängig.

Teil 1. Diskriminierungsverbote (Massnahmenbereich I)

C. Verfassungsrecht: Fundament des Diskriminierungsschutzes

Für eine rechtsstaatlich fundierte und demokratisch solid legitimierte Antidiskriminierungsarbeit ist es dienlich, einen expliziten Schutzauftrag in der Verfassung des Kantons Bern zu verankern. Der im VE-IntG formulierte Auftrag, « Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft zu verhindern und beseitigen » (Art. 1 lit. g) bzw. « Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung aufgrund- der ethnisch-kulturellen Herkunft einer Person » zu ergreifen, bedeutet zwar bereits eine relativ kraftvolle Abstützung eines integrationspolitischen Diskriminierungsschutzauftrages an den Kanton

⁹⁸⁸ Vgl. dazu auch hinten, a.a.O.

und die Gemeinden in Bern. Dieser sollte jedoch durch einen verfassungsrechtlichen Auftrag staatsrechtlich untermauert werden.

Ein solcher verfassungsrechtlicher Auftrag entspräche auch der Stossrichtung des VE-IntG. So schaffen Kanton und Gemeinden gemäss Art. 4 VE-IntG günstige Rahmenbedingungen für die Integration der ausländischen Bevölkerung (Abs. 1), indem sie einerseits ihre rechtlichen Regelungen und andererseits den Zugang zu kantonalen und kommunalen Leistungen auf Integrationshemmnisse überprüfen und Massnahmen zu deren Beseitigung treffen (Abs. 2). Und eine dieser möglichen Massnahmen könnte darin bestehen, den Integrations- bzw. Diskriminierungsschutzauftrag auf ein nachhaltiges verfassungsrechtliches Fundament zu stellen. Dies würde die Legitimation, Wirksamkeit und Nachhaltigkeit der im VE-IntG geforderten Massnahmen erhöhen. In diesem Sinne wäre zu prüfen, ob die Verfassung des Kantons Bern beispielsweise durch eine entsprechende Ergänzung mit einem Art. 40^{bis} Integration und Diskriminierungsschutz zu ergänzen wäre.

3.5 Soziale Sicherheit und Integration

Art. 40^{bis}

Integration und Diskriminierungsschutz

¹ Der Kanton Bern und seine Gemeinden fördern die Integration der ausländischen Bevölkerung.

² Sie schaffen günstige Rahmenbedingungen für die Teilhabe der ausländischen Bevölkerung am öffentlichen Leben und gewährleisten einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung.

Ebenso auf verfassungsrechtlicher Ebene anzusiedeln wäre ein grundrechtlicher Schutzauftrag in Art. 10 des Grundrechtskataloges, der etwa heissen könnte:

Art. 10

Rechtsgleichheit

⁴ Kanton und Gemeinden fördern den Schutz vor Diskriminierung der ausländischen Bevölkerung aufgrund der Rasse, Hautfarbe, Sprache, Herkunft und religiöser Überzeugung.

Über den integrationspolitischen Auftrag hinausgehend denkbar wäre auch ein umfassender grundrechtlicher Schutzauftrag in Art. 10 des Grundrechtskataloges, der etwa heissen könnte:

Art. 10

Rechtsgleichheit

⁴ Kanton und Gemeinden schaffen ein Gesetz, das vor Diskriminierung schützt und den Abbau struktureller Diskriminierungen fördert.

D. Verwaltungsrecht: Instrument gegen staatliche Diskriminierung

Aus formell-rechtlicher Perspektive betrachtet, hängt die Gültigkeit völker- und verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote nicht von einer gesetzgeberischen Präzisierung in den tieferen Hierarchiestufen der verwaltungsrechtlichen Spezialgesetzgebung (z.B. Schulgesetz, Polizeigesetz, Sozialfürsorgegesetz etc.) ab. Dennoch ist es ratsam zu prüfen, ob der Nichtdiskriminierungsgrundsatz als staatliche Pflicht und als individuelles Recht in den jeweiligen Spezialgesetzen zu « wiederholen », bzw. adressaten- und themengerecht (in Verordnungen, Richtlinien, Weisungen, Leitfaden etc.) zu spezifizieren ist. So zeigen rechtssoziologische Studien zur Rechtswirklichkeit, dass durch praxisbezogene Konkretisierungen der Schutz- und Gewährleistungspflichten die effektive Umsetzung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes gefördert und verbessert werden kann, d.h. dessen Befolgung sowie bei Verstössen die Inanspruchnahme des Rechts, die Sanktionierung und der Vollzug unterstützt wird⁹⁸⁹.

Der VE-IntG beinhaltet die Grundlagen für praxisbezogene Konkretisierungen. Art. 4 Abs. 2 VE-IntG verpflichtet Kanton und Gemeinden, ihre rechtlichen Regelungen und den Zugang zu kantonalen und kommunalen Leistungen auf Integrationshemmnisse zu überprüfen und Massnahmen zu deren Beseitigung zu treffen. Kanton und Gemeinden schaffen günstige Rahmenbedingungen für die Integration der ausländischen Bevölkerung (siehe Art. 4 Abs. 2), indem sie nach Behinderungsfaktoren suchen und entsprechende Massnahmen zur deren Beseitigung umsetzen. Die Regelung hält die Kantone und Gemeinden dazu an, die kantonale und kommunale Gesetzgebung nach Optimierungsmöglichkeiten zur Verbesserung der Durchsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote in der Rechtswirklichkeit des staatlichen Handelns zu durchforschen. Unterstützt wird diese programmatische Verpflichtung durch die grund- und menschenrechtliche Pflicht, Verstösse gegen Diskriminierungsverbote unter Einhaltung bestmöglicher und angemessener Sorgfaltsmassnahmen zu verhindern.

Allgemein gehaltene Diskriminierungsverbote sind de facto zu unpräzise und daher stark defizitär in der Wirksamkeit: in der Regel wird der aus den Verboten resultierende verbindliche Inhalt nicht genügend bestimmt erkannt und dadurch auch nicht als wirkmächtig genug in seiner Verbindlichkeit wahrgenommen.

Beispielsweise ist für Polizist_innen vielfach unklar, unter welchen Rahmenbedingungen die Kontrolle von Personen aufgrund spezifischer physiognomischer Erscheinung (z.B. dunkle Hautfarbe), spezifischen Alters (z.B. zwischen 20-40) und Geschlechts (z.B. männlich) rechtlich zulässig ist. Dies führt in der Praxis zu schwammigen Vorgaben, so dass im Zweifel die praktische Lösung des *racial profiling* gewählt wird⁹⁹⁰.

⁹⁸⁹ Vgl. hierzu etwa DOK-Bericht 5 Jahre BehiG; EKR-Bericht, Recht gegen rassistische Diskriminierung; GiG-Bericht, Evaluation der Wirksamkeit.

⁹⁹⁰ Zum Racial Profiling siehe KAUFMANN, Tangram 26, S. 68ff.

Diskriminierungsverbote werden als kaum erheblich bzw. verbindlich wahrgenommen, solange Polizist_innen nicht explizit geschult bzw. zu deren Einhaltung angehalten werden, etwa über die explizite Verankerung von Diskriminierungsverboten und deren Konkretisierung im Polizeirecht, so insbesondere in praxis- und problembezogenen Richtlinien/Weisungen/Handlungsanleitungen.

Ein weiteres Beispiel der potentiellen positiven Wirkmächtigkeit von rechtlichen Konkretisierungen völker- und verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote sind Weisungen zur Bedeutung der Diskriminierungsverbote im Rahmen schulischer Selektionsmechanismen. Damit wird die Auseinandersetzung der Schulbehörden, der Schulleitung und der Lehrkräfte mit den eigenen Vorurteilen über regelstrukturnahe Diskriminierungsverbote möglicherweise verbessert und so auch die konzeptionelle Förderung von Sensibilisierungsmassnahmen und Entwicklung von Handlungsstrategien zur Verhinderung von Diskriminierungen gestärkt.

Daher gebieten es sowohl Art. 4 VE-IntG als auch das grund- und menschenrechtliche Wirksamkeitsgebot, gesetzgeberische Massnahmen zur Verhinderung von Diskriminierungen zu verankern, soweit diese keinen unverhältnismässigen Aufwand bedeuten.

Hinsichtlich der programmatischen Pflicht zur Beseitigung von Integrationshindernissen und der Gewährleistung der Diskriminierungsverbote, sowie ausgehend von der empirisch abgestützten Prämisse, dass durch gesetzgeberische Konkretisierungen von Diskriminierungsverboten (paper law) die Chance ihrer Umsetzung in der Rechtswirklichkeit (living law) massgeblich erhöht wird, werden im Folgenden *exemplarische* Regelstrukturgesetze des Kantons Bern betreffend das Potential einer diskriminierungsschutzrechtlichen Konkretisierung untersucht.

Die thematisierten Bereiche fokussieren sich auf drei staatliche Aufgaben- (bzw. Rechtsbereiche), die aufgrund von Erfahrungswerten regelmässig in den Fokus der Antidiskriminierungsarbeit geraten: Dazu gehören die Polizeiarbeit (bzw. das Polizeirecht), das Erwerbsleben (bzw. Personalrecht) und die Grundschule (bzw. das Schulrecht)⁹⁹¹. Weitere, nicht genannten Beispiele aus der Regelgesetzgebung, die einer vertieften Untersuchung ungerzogen werden müssten, sind z.B. die Bereiche Gesundheit, Zivilschutz, Fürsorge, Erwachsenenschutz, Vormundschaft, nachobligatorische Bildung (Mittelschule, Hochschule) und Wirtschaft.

⁹⁹¹ Vgl. hierzu vorne, a.a.O.; ROTTLEUTHNER/MAHLMANN, Diskriminierung in Deutschland.

1. Beispiel 1: Polizeirecht

1.1 Kantonales Polizeirecht und Diskriminierungsschutz

Die allgemeine Polizeihohheit steht gemäss verfassungsrechtlicher Kompetenzausscheidung den Kantonen zu⁹⁹². Die Berner Kantonsverfassung verpflichtet mit Art. 37 den Kanton und die Gemeinden, gemeinsam für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu sorgen⁹⁹³, wobei dem Regierungsrat mit Art. 90 Bst. b KV die oberste Verantwortung für die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung auferlegt ist⁹⁹⁴. Zu den polizeilichen Schutzgütern zählen etwa die körperliche Integrität (Leib und Leben), die Freiheit, die Ehre, Eigentum und Besitz sowie die öffentliche Gesundheit⁹⁹⁵. Polizeiliches Handeln dient neben der präventiven Gefahrenvermeidung auch der Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands u.a. durch repressive Handlungen.

Diese beachtlichen Aufgaben als Arm des staatlichen Gewaltmonopols bergen das Risiko, dass polizeiliches Handeln sich bewusst oder unbewusst an diskriminierenden Kategorisierungen ausrichtet, so etwa dem *racial profiling*⁹⁹⁶. Personenkontrollen, polizeiliche Handlungen zur Bekämpfung von Drogenhandel und polizeiliche Massnahmen gegen Gewalt (wie z.B. häusliche Gewalt, Stalking, Gewalt bei Demonstrationen, Gewalt und Drohungen gegenüber Mitarbeitenden der Sozialdienste bzw. der Schule etc.) und Massnahmen im Bereich des Datenschutzes sind aus empirischer Sicht besonderes Gefahrenpotential für Diskriminierungen entlang rassistischer Kategorisierungen⁹⁹⁷. So zeigen denn auch die Daten zum Kanton Bern, aber auch zur Schweiz insgesamt und zum Ausland, dass Polizist_innen « an der Front » dem erhöhten Risiko ausge-

⁹⁹² BBl 1997 I 1 S. 129 f., 210, 399; vgl. auch BGE 117 Ia 202 E.5.

⁹⁹³ BOLZ, N 1 zu Art. 37 KV.

⁹⁹⁴ BOLZ, N. 3a zu Art. 3, N. 1 zu Art. 87, N. 2 zu Art. 90 KV.

⁹⁹⁵ Zum Polizeibegriff siehe GYGI, Polizeibegriff, S. 236.

⁹⁹⁶ Siehe hierzu Tangram; ROTTLEUTHNER/MAHLMANN, Diskriminierung in Deutschland.

⁹⁹⁷ Vgl. hierzu etwa, Schweiz. Menschenrechte gelten auch im Polizeieinsatz, Bericht von Amnesty International, Zusammenfassung des Berichts « Polizei, Justiz und Menschenrechte – Polizeipraxis und Menschenrechte in der Schweiz; Anliegen und Empfehlungen von Amnesty International », 2007, S. 7 http://www.amnesty.ch/de/laender/europa-zentralasien/schweiz/menschenrechte-gelten-auch-im-polizeieinsatz/downloads/ai_polizei_dt_web.pdf (Zugriff: 1. April 2011). Vgl. hierzu aus der reichhaltigen empirischen Literatur aus den USA etwa WEITZER/ TUCH, Race, Class, and Perceptions of Discrimination by the Police, *Crime & Delinquency* Oktober 1999, 45, S. 494-507; GABBIDON/ HIGGINS, The Role of Race/Ethnicity and Race Relations on Public Opinion Related to the Treatment of Blacks by the Police, *Police Quarterly* 3/2009, 12, S. 102-115; GAU/ MOSHER/ PRATT, An Inquiry Into the Impact of Suspect Race on Police Use of Tasers, *Police Quarterly* März 2010, 13, S. 27-48; HICKMAN/PIQUERO, Organizational, Administrative, and Environmental Correlates of Complaints About Police Use of Force. Does Minority Representation Matter?, *Crime & Delinquency* Januar 2009, 55, S. 3-27; HAGAN/SHEDD/PAYNE, Race, Ethnicity, and Youth Perceptions of Criminal Injustice, *American Sociological Review*, Junie 2005, 70, S. 381-407.

setzt sind, im Rahmen von Polizeieinsätzen zu diskriminieren, entweder durch benachteiligende Handlungen oder gar durch Äusserungen, Gewalt und Schutzunterlassungen⁹⁹⁸.

Aus diesen Gründen benötigt ein sorgfältiger rechtlicher Umgang besondere Gewährleistungs- und Sorgfaltsmassnahmen. Dies beginnt bei einer sauberen gesetzgeberischen Verankerung der völker- und verfassungsrechtlichen Unterlassungs-, Schutz- und Gewährleistungspflichten, die aus dem Diskriminierungsverbot und aus anderen Grund- und Menschenrechten fliessen, und endet bei praktischen und konkreten Massnahmen im Bereich der Sensibilisierung und der Kontrolle⁹⁹⁹: « Trägt man der ausserordentlich anspruchsvollen Arbeit von Polizistinnen und Polizisten Rechnung, bedarf es in einem ersten Schritt dringlich der gesetzgeberischen Übersetzung des Verbotes rassistischer Diskriminierung in konkrete themen- und bereichsspezifische Handlungsanweisungen und -hilfen für die politische Führung, die operative Polizeileitung, das Kaderpersonal, die Polizeischulen und Polizistinnen und Polizisten an der ‚Front‘ ». Denn nur so lässt sich auch eine bewusste Auseinandersetzung mit der Problematik diskriminierenden polizeilichen Handelns sicherstellen¹⁰⁰⁰.

Grund- und Menschenrechte – und mit ihnen auch die Diskriminierungsverbote – sind auch zentraler handlungsbestimmender Rahmen für das polizeiliche Handeln¹⁰⁰¹. Die im Völkerrecht wie auch in der Bundes- und Kantonsverfassung verankerten Grundrechte schützen die Bürgerinnen und Bürger vor staatlichen, d.h. insbesondere auch polizeilichen Eingriffen¹⁰⁰². Dazu gehören neben dem Gesetzmässigkeitsprinzip (inkl. der polizeilichen Generalklausel) und dem Verhältnismässigkeits- und Störerprinzip auch das Diskriminierungsverbot und weitere Grund- und Menschenrechte wie z.B. das Recht auf Leben und das Recht auf Privatheit. Die grund- und menschenrechtlichen Vorgaben gebieten einerseits, diskriminierende Handlungen zu unterlassen¹⁰⁰³. Entscheidend ist andererseits aber auch die Pflicht des polizeilichen Schutzes vor Grund- und Menschenrechtsverletzungen im Allgemeinen¹⁰⁰⁴ bzw. diskriminierenden Handlungen sicherzustellen.

Mit Inkrafttreten des neuen Polizeigesetzes auf den 1. Januar 1998 wurde ein Prozess in Gang gesetzt, die Organisation wie auch die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns der Institution « Polizei » umfassend zu regeln¹⁰⁰⁵. So gilt gemäss Art. 17 PolG das Recht des Einsatzortes, soweit das Bundesrecht

⁹⁹⁸ Vgl. hierzu Tangram Sicherheit; ROTTLEUTHER/MAHLMANN, Diskriminierung in Deutschland.

⁹⁹⁹ NAGUIB, Tangram, S. 60ff.

¹⁰⁰⁰ Vgl. hierzu etwa BGE 132 I 49 (Berner Wegweisungsverfügungen).

¹⁰⁰¹ SCHWEGLER, Polizeirecht, N 10ff.

¹⁰⁰² Vgl. hierzu etwa SCHWEGLER, S. 256ff.

¹⁰⁰³ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

¹⁰⁰⁴ Siehe hierzu etwa SCHWEGLER, S. 256.

¹⁰⁰⁵ Vortrag PolG, S. 8; SCHWEGLER, N 4.

oder ein Konkordat nichts anderes bestimmt. « Die Polizeiorgane des Kantons und der Gemeinden sind bei der Erfüllung ihrer Aufgaben an Verfassung und Gesetz gebunden » (Art. 21)¹⁰⁰⁶, zudem gilt der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 23). Weiter wird auf die polizeiliche Generalklausel hingewiesen, die den Polizeiorganen « auch ohne besondere gesetzliche Grundlage aufschiebbare Massnahmen » erlaubt, « um eingetretene, ernste Störungen oder unmittelbar drohende, ernste Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung zu beseitigen oder abzuwehren » (Art. 28 Abs. 1 KV, Art. 22 PolG)¹⁰⁰⁷.

Nach vorliegender Auffassung ist der Anspruch der umfassenden Regelung durchaus auf beachtliche Weise umgesetzt worden, hingegen zumindest aus rechtsstaatlicher Perspektive – insbesondere aus dem Blickwinkel der Grund- und Menschenrechte – nicht gänzlich gelungen. Das kantonale Polizeirecht (insbesondere das Polizeigesetz vom 8. Juni 1997¹⁰⁰⁸) weist zwar auf die verfassungsrechtlichen Grundsätze hin, bietet jedoch gerade im Bereich des Diskriminierungsschutzes noch beachtlichen Spielraum zur Spezifizierung der Diskriminierungsverbote und weiterer Grund- und Menschenrechte im Rahmen des polizeilichen Handelns. Die empirische Bedeutung des Diskriminierungsverbotes gebietet denn auch einen sorgfältigen Umgang mit dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz. So sind die in den für die Schweiz verbindlichen völkerrechtlichen Verträgen, in der Bundesverfassung und in der Verfassung des Kantons Bern verankerten Diskriminierungsverbote im Polizeigesetz nicht spezifiziert, sondern lediglich durch einen generellen Hinweis implizit miterfasst.

Auch in den rechtsstaatlich begrüssenswerten relativ detaillierten Regelungen betreffend typische polizeilicher Handlungen gibt es keinerlei konkrete Bezugnahme auf die Bedeutung der Diskriminierungsverbote. Dazu gehören besonders heikle Handlungen wie Anhaltung und Identitätsfeststellung (Art. 27)¹⁰⁰⁹, Festnahme (Art. 27 Abs. 3 PolG)¹⁰¹⁰, erkennungsdienstliche Massnahmen (Art. 28)¹⁰¹¹, Wegweisung und Fernhaltung (Art. 29)¹⁰¹², Wegweisung und Fernhaltung von der gemeinsamen Wohnung in Fällen häuslicher Gewalt (Art. 29a), polizeilicher Gewahrsam und Sicherheitsgewahrsam (Art. 32)¹⁰¹³, Behandlung festgehaltener Personen (Art. 33), Durchsuchung von Personen (Art. 36), Durchsuchung von Sachen (Art. 37), Betreten von Grundstücken (Art. 38), Betreten und Durchsuchen von Räumlichkeiten

¹⁰⁰⁶ Eine von Verfassung gelöste, eigenständige Bedeutung haben diese Artikel jedoch nicht (Vortrag PolG, S. 6 f).

¹⁰⁰⁷ Zum handlungsbestimmenden Verfassungsrecht siehe SCHWEGLER, S. 256ff.

¹⁰⁰⁸ Zum Polizeigesetz siehe SCHWEGLER, 5. Kapitel: Polizeirecht, 251-306, in: Müller/Feller, S. 254f.

¹⁰⁰⁹ Vgl. dazu SCHWEGLER, N 65f.

¹⁰¹⁰ Vgl. dazu SCHWEGLER, N 69.

¹⁰¹¹ Vgl. dazu SCHWEGLER, N 70ff.

¹⁰¹² Vgl. dazu SCHWEGLER, N 75ff.

¹⁰¹³ Vgl. dazu SCHWEGLER, N 92ff.

(Art. 39)¹⁰¹⁴ und Sicherstellung und Einziehung (Art. 40-44)¹⁰¹⁵ sowie Einsatz des unmittelbaren polizeilichen Zwanges, so etwa durch Fesselung und den Gebrauch der Schusswaffe¹⁰¹⁶.

1.2 Massnahmen zur Gewährleistung des Verbotes polizeilicher Diskriminierung

a. Diskriminierungsverbote in den Erlassen des Polizeirechts

Für eine bessere Umsetzung des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes im Rahmen der Polizeiarbeit wäre zu prüfen, diesen explizit im Polizeigesetz zu verankern und in der Polizeiverordnung sowie im Rahmen von Richtlinien/Weisungen/Leitfaden/Handlungsanleitungen praxisnah zu spezifizieren¹⁰¹⁷. Das Potential einer ausdrücklichen Erwähnung des Diskriminierungsverbotes ergibt sich aus der besonderen Diskriminierungsgefahr, die sich empirisch belegt aus dem asymmetrischen Verhältnis ergibt und daher der besonderen Beachtung verdient, so lange die Gefahr in der sozialen Realität nicht grundsätzlich erfolgreich beseitigt oder zumindest vernachlässigbar ist. Weiter möglich ist ein ausdrücklicher Hinweis auf andere Menschen- und Grundrechte wie etwa das Recht auf Privatleben, dessen Schutz jedoch im umfassend geltenden Diskriminierungsverbot mitenthalten ist.

Konkret und im Rahmen der geltenden Systematik wäre es beispielsweise denkbar, Art. 21 mit einem Absatz 2 zu ergänzen.

Art. 21

Grundsatz der Gesetzmässigkeit

...

² Sie beachten insbesondere die Menschenrechte und verfassungsmässigen Grundrechte, so etwa:

a. den Gleichheitsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung wegen der (...) Herkunft, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion.

(...)

¹⁰¹⁴ Zur Durchsuchung von Personen, Sachen und Räumlichkeiten vgl. SCHWEGLER, N 113ff.

¹⁰¹⁵ Vgl. dazu SCHWEGLER, N 123ff.

¹⁰¹⁶ Vgl. dazu SCHWEGLER, N 155ff.

¹⁰¹⁷ Vgl. hierzu etwa auch die ECRI General Policy Recommendation No 11 on Combating Racism and Racial Discrimination in Policing. Abrufbar unter http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/GPR/EN/Recommendation_N11/e-RPG%2011%20-%20A4.pdf (Zugriff: 1. Januar 2011).

Stattdessen wäre es auch möglich, einen Art. 21^{bis} (Achtung der Grundrechte) PolG einzufügen:

Art. 21^{bis}

Achtung der Grundrechte

Die Polizeiorgane des Kantons und der Gemeinden beachten insbesondere die Menschenrechte und verfassungsmässigen Grundrechte, so etwa:

a. den Gleichheitsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung wegen der (...) Herkunft, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion.

(...)

Weiter wäre zu prüfen, die allgemeine Klausel zur Achtung der Grundrechte (bzw. des Nichtdiskriminierungsgrundsatzes) in den Regelungen zu den polizeilichen Massnahmen und zum polizeilichen Zwang (Abschnitt 6 PolG) zu wiederholen und zu konkretisieren. Es gilt jedoch zu beachten, dass durch die Wiederholung und Spezifizierung nicht durch einen Abnützungs- bzw. Abschreckungs- oder Sättigungseffekt kontraproduktive Wirkung erzielt würde.

Konkret:

Art. 27

Anhaltung, Identitätsfeststellung

⁴ Die Kantonspolizei achtet das Verbot der Diskriminierung wegen (...) der Rasse, Herkunft, ethnischen und religiösen Zugehörigkeit. Die Anhaltung und Identitätsfeststellung aufgrund der genannten Dimensionen ist untersagt.

Art. 28

Erkennungsdienstliche Massnahmen

⁴ Die Kantonspolizei achtet das Verbot der Diskriminierung wegen (...) der Rasse, Herkunft, ethnischen und religiösen Zugehörigkeit. Die Vornahme erkennungsdienstlicher Massnahmen aufgrund der genannten Dimensionen ist untersagt.

Art. 29

Wegweisung, Fernhaltung

⁴ Die Kantonspolizei achtet das Verbot der Diskriminierung wegen (...) der Rasse, Herkunft, ethnischen und religiösen Zugehörigkeit. Die Wegweisung und Fernhaltung aufgrund der genannten Dimensionen ist untersagt.

Art. 29a

Wegweisung und Fernhaltung von der gemeinsamen Wohnung in Fällen häuslicher Gewalt

⁴ Die Kantonspolizei achtet das Verbot der Diskriminierung wegen (...) der Rasse, Herkunft, ethnischen und

religiösen Zugehörigkeit. Die Wegweisung und Fernhaltung aufgrund der genannten Dimensionen ist untersagt.

Art. 32

Polizeilicher Gewahrsam und Sicherheitsgewahrsam

³ Die Kantonspolizei achtet das Verbot der Diskriminierung wegen (...) der Rasse, Herkunft, ethnischen und religiösen Zugehörigkeit. Die polizeiliche Gewahrsam und die Sicherheitsgewahrsam aufgrund der genannten Dimensionen sind untersagt.

Art. 36

Durchsuchung von Personen

⁵ Die Kantonspolizei achtet das Verbot der Diskriminierung wegen (...) der Rasse, Herkunft, ethnischen und religiösen Zugehörigkeit. Die Durchsuchung von Personen aufgrund der genannten Dimensionen ist untersagt.

Art. 37

Durchsuchung von Sachen

³ Die Kantonspolizei achtet das Verbot der Diskriminierung wegen (...) der Rasse, Herkunft, ethnischen und religiösen Zugehörigkeit. Die Durchsuchung von Sachen aufgrund der genannten Dimensionen ist untersagt.

Art. 38

Betreten von Grundstücken

² Die Kantonspolizei achtet das Verbot der Diskriminierung wegen (...) der Rasse, Herkunft, ethnischen und religiösen Zugehörigkeit. Das Betreten von Grundstücken aufgrund der genannten Dimensionen ist untersagt.

Art. 39

Betreten und Durchsuchen von Räumlichkeiten

⁵ Die Kantonspolizei achtet das Verbot der Diskriminierung wegen (...) der Rasse, Herkunft, ethnischen und religiösen Zugehörigkeit. Das Betreten und Durchsuchen von Räumlichkeiten aufgrund der genannten Dimensionen sind untersagt.

Das eigentliche Herzstück gesetzgeberischer Massnahmen gegen staatliche Diskriminierung liegt in den praxisnahen, d.h. jeweils themen- und bereichsspezifischen Konkretisierungen der verfassungs- bzw. polizeigesetzesrechtlichen Diskriminierungsverbote. Zu bedenken wäre, ob und inwiefern die gesetzgeberischen Vorgaben zu deren Verwirklichung über eine gesetzliche Verankerung hinaus einer Konkretisierung in Richtlinien/Weisungen/Leitfaden/Handlungsanleitungen bedürfen. Notwendig und sinnvoll ist

daher ein gemeinsamer Evaluationsprozess der bedeutenden polizeilichen Tätigkeiten sowie der praxisrelevanten Themenfelder im Zusammenhang mit der Einhaltung von Grundrechten im Allgemeinen und dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz im Besondern.

Denkbar wären z.B. folgende thematische Schwerpunkte:

- « Diskriminierungsverbot bei polizeilichen Massnahmen und polizeilichem Zwang »;
- « Diskriminierungsverbot als Thema an Personalgesprächen »;
- « Diskriminierungsverbot als Thema in der Supervision »;
- « Umgang mit dem Rassismusbewusstsein ».

b. Regelungen in der Aus- und Weiterbildung

Zentral für eine antidiskriminierungssensible Polizeiarbeit ist weiter und im Besonderen die Verankerung des Themas Migration und Diskriminierung in der Aus- und Weiterbildung der Polizei. Beispielfähig lassen sich hier die Schulungsprogramme der Polizeischule Ostschweiz in Amriswil und der Polizeischulen der Stadt Zürich und des Kantons Luzern sowie des Schweizerischen Polizeiinstituts (SPI) anbringen, die im Rahmen vertiefter Schulungsprogramme das Thema Polizei, Migration und Rassismus entweder in den jeweiligen Schulfächern behandeln (Ostschweiz) oder als spezifische Module anbieten (Stadt Zürich, LU, SPI). Ziel ist es, Mitarbeiter_innen der Polizei Wissen zu vermitteln, die Auseinandersetzung mit eigenen Vorurteilen zu fördern und praxisbezogene Handlungsanweisungen einzutrainieren.

Aus- und Weiterbildungsinhalte sollten nachhaltig verankert, indem sie gesetzlich für verbindlich erklärt werden. Ein interessantes Beispiel für eine gesetzgeberische Verankerung sind die Regelungen zur Ausbildung derjenigen Personen, welche ausländerrechtliche Ausschaffungen vollziehen (ZAG, ZAV)¹⁰¹⁸.

Der Bundesrat regelt die Aus- und Weiterbildungsprogramme für Personen, deren Aufgaben mit der Anwendung polizeilichen Zwangs und polizeilicher Massnahmen (...) verbunden sein können (Art. 29 Abs. 1). Der Bund unterstützt insbesondere Aus- und Weiterbildungsprogramme für Personen, die mit der zwangsweisen Rückführung von Personen auf dem Luftweg beauftragt sind (Art. 29 Abs. 3). Zum Inhalt neben technischen Fragen wie dem Einsatz körperlicher Gewalt (Art. 30 lit. b), von Hilfsmitteln und Waffen (Art. 30 lit. d) gehören etwa auch die Schulung der Grundrechte, des Persönlichkeitsschutzes (Art. 30 lit. f).

¹⁰¹⁸ Siehe insbesondere Art. 32-35 ZAV.

c. Regelungen betreffend Beratung, Coaching, Supervision

Eine wirksame Umsetzung der entsprechenden gesetzes- und verordnungsrechtlichen sowie der Richtlinien/Weisungen/Leitfaden setzt Kompetenzen der Entscheidungsträger_innen voraus. Diese lässt sich einerseits durch Schulungen umsetzen, bedarf aber auch problemspezifische(s) Beratungen sowie Coaching. Hierfür sollte eine Stelle innerhalb der kantonalen Verwaltung bezeichnet werden, der eine Beratungs- und Coachingaufgabe zugewiesen wird. Da gemäss Integrationsgesetz die jeweiligen Massnahmen zur Förderung der Integration und zur Verhinderung und Beseitigung von ethnisch-kultureller Diskriminierung in den Zuständigkeitsbereich der Direktionen der Regelstrukturen fallen, wäre eine solche Beratungs- und Coachingkompetenz bei der Polizei- und Militärdirektion anzusiedeln. Unterstützend wäre die Gesundheits- und Fürsorgedirektion (konkrete wohl die Fachstelle für die Integration) als Ansprechstelle für die Polizei- und Militärdirektion verantwortlich. In diesem Sinne ist es angebracht, in der Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Polizei- und Militärdirektion (Organisationsverordnung POM, OrV POM) ein ergänzender Passus in Teil IV. Aufgaben der Organisationseinheiten einzuführen¹⁰¹⁹. Konkret:

Art. 7

Generalsekretariat (GS POM)

Das Generalsekretariat

(...)

k. (...). Bietet Unterstützung und Beratung für die Umsetzung der Gleichstellungsziele und des verfassungsrechtlichen Verbotes der Diskriminierung wegen der Herkunft, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion.

(...)

1.3 Konzeption und Umsetzung

Konzeption und Umsetzung der vorgeschlagenen Massnahmen sollte sich an den strategischen Grundsätzen orientieren:

- *Ziel* der vorgeschlagenen Massnahmen ist die Verhinderung von Diskriminierungshandlungen durch die Polizei.
- *Rechtsinstrumentarium*: Diskriminierungsverbote im Polizeirecht, Durchsetzung über Weisungen/Richtlinien/Leitfaden/Handlungsanleitungen, Bildungsinhalte im Polizeirecht, rechtliche

¹⁰¹⁹ Damit die Ressourcen optimal genutzt werden, wäre etwa zu prüfen, ob eine solche Beratungs- und Coachingfunktion beispielsweise bei der Expertin für Gender Mainstreaming anzusiedeln ist. Vgl. hierzu auch http://www.erz.be.ch/erz/de/index/direktion/organisation/generalsekretariat/gender_mainstreaming.html (Zugriff: 1. Januar 2011).

Verankerung institutioneller Zuständigkeiten in den Bereichen Bildung/Beratung/Coaching/Supervision.

- *Handlungsebene:* Die zu formulierenden Massnahmen setzen auf der Ebene der Gestaltung von Entscheidungen an. Konkret geht es also darum, Entscheidungshandlungen der Polizei dahingehend zu unterstützen, dass bei jeder Handlung (etwa der Einsatzplanung, Durchführung, dem Debriefing, den Mitarbeitergesprächen etc.) diskriminierungssensible Konstellationen sowie Diskriminierungsrisiken mitbeachtet werden und entsprechend Massnahmen zur Verhinderung von Diskriminierungshandlungen formuliert werden. Dies erfordert neben der Formulierung von spezifischen Handlungsanweisungen auch deren praktische Einübung und entsprechend transparente Bearbeitung, falls Verstösse passieren.
- *Handlungsinstrumente:* Im Zentrum stehen Sensibilisierungs- und Präventionsmechanismen. Subsidiär und zur Absicherung der Wirksamkeit der Massnahmen notwendig sind allenfalls auch Interventionen (etwa durch wirksame Sanktionierungen im Rahmen von Disziplinarverfahren).

Zuständig für die Konzeption und Umsetzung sind:

- Ausschliessliche kantonale Kompetenz.
- Für die dafür notwendigen gesetzgeberischen Massnahmen zuständig ist der Grosse Rat (und allenfalls der Regierungsrat als Verordnungsgeber), wobei der Anstoss gesetzlicher Anpassungen ebenso durch den Regierungsrat erfolgen kann, etwa initiiert durch die Fachstelle für die Integration (siehe Art. 17 Abs. 1 VE-IntG) und/oder die Sicherheitsdirektion (siehe Art. 17 Abs. 1 VE-IntG).
- Für die Konkretisierungen in Richtlinien/Weisungen/Leitfaden/Handlungsanleitungen Konzipierung und Umsetzung auf organisatorischer Ebene zuständig ist die entsprechende Direktion zuständig (Sicherheitsdirektion, allenfalls in Zusammenarbeit mit weiteren Direktionen) (siehe Art. 18 Abs. 1 VE-IntG). Zu den Umsetzungsmassnahmen gehören beispielsweise Schulungsmodule sowie die Gewährleistung von diskriminierungsschutzrechtlichem Know-how für die bestehenden oder zu schaffenden Beratungs-/Coaching-/Supervisionsstellen.
- Die Fachstelle für die Integration kann sowohl bei der Konzipierung als auch der Umsetzung unterstützend – z.B. in Form von Fachwissen, Moderation und Koordination – aktiv werden (siehe Art. 17 VE-IntG); ebenso sollte die kantonale Kommission für die Integration der ausländischen Bevölkerung bei der Entwicklung und Umsetzung konsultiert werden (siehe Art. 19 VE-IntG).

- Weiter erstatten die zuständigen Direktionen an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion Bericht über die Umsetzung und Wirksamkeit der getroffenen Massnahmen (siehe Art. 18 Abs. 2 und 17 Abs. 2 VE-IntG), wobei die Kommission für die Integration der ausländischen Bevölkerung umfassend über die Ergebnisse der Evaluation zu informieren ist (Art. 19 VE-IntG).
- Für die inhaltliche Ausgestaltung, die Umsetzung und die Kontrolle der Massnahmen sollte der Kanton eng mit der Zivilgesellschaft zusammenarbeiten, insbesondere mit denjenigen Organisationen, die in den Bereichen Sensibilisierung, Prävention und Intervention regelmässig mit Diskriminierungsvorwürfen an die Polizei konfrontiert sind, und den Ausländer_innen-Organisationen (siehe Art. 15 Abs. 2 VE-IntG).
- Sinnvoll ist weiter eine konsultative Zusammenarbeit mit dem Kompetenzzentrum für interkulturelle Konflikte TikK und mit der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR, die in der Polizeiarbeit über beachtliche Erfahrungen und ein breites Netzwerk verfügen (siehe Art. 15 Abs. 2 VE-IntG). Schliesslich sollte gemeinsam mit der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB geprüft werden, inwiefern diese allfällige Finanzierungshilfen leisten kann.

2. Beispiel 2: Schulrecht

2.1 Kantonales Schulrecht und Diskriminierungsschutz

Das kantonale Schulrecht ist derjenige Teil des kantonalen Bildungsrechtes, der sämtliche rechtliche Regelungen umfasst, die für den Bereich der obligatorischen Schulbildung von Bedeutung sind. Mit der am 21. Mai 2006 von Volk und Ständen angenommenen neuen « Bildungsverfassung » besteht in der Bundesverfassung ein kohärenter Rahmen für ein Bildungssystem, das im Bereich der obligatorischen Schule in die Zuständigkeit der Kantone fällt, und sie für einen gewissen Minimalstandard im Volksschulbereich sorgen müssen (Art. 62). Die massgeblichen gesetzlichen Grundlagen für den Kindergarten und die Volksschule finden sich im Kanton Bern in zwei separaten Gesetzen, dem Kindergartengesetz vom 23. November 1983 (KGG)¹⁰²⁰ und dem Volksschulgesetz vom 19. März 1992 (VSG)¹⁰²¹. Denen nach sind Kindergärten und Volksschulen unselbständige, weit gehend nicht autonome Anstalten des öffentlichen Rechts und werden regelmässig von Gemeinden getragen (Art. 12 Abs. 3 KGG, Art. 5 Abs. 1 VSG). Von

¹⁰²⁰ BSG 423.11.

¹⁰²¹ BSG 432.210.

Bedeutung sind weiter interkantonale Vorgaben, die im Rahmen der Konferenz der kantonalen Erziehungsdirektorinnen und -direktoren geschaffen werden¹⁰²².

Auch im Rahmen des obligatorischen Bildungswesens ist der Schutz vor Diskriminierung formell im Grundsatz gewährleistet. Die Chancengleichheit ist denn auch ein zentraler Aspekt der « Bildungsverfassung ». Nach Art. 61a Abs. 1 BV betrachtet sich die Schweiz als Bildungsraum, in welchem Bund und Kantone gemeinsam im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für eine hohe Qualität und Durchlässigkeit sorgen. Im Zentrum der obligatorischen Schule steht die Qualität und das Interesse des auszubildenden Kindes und Jugendlichen, so etwa der in Art. 11 Abs. 1 grundrechtlich verankerte Anspruch von Kindern und Jugendlichen auf Förderung ihrer Entwicklung¹⁰²³. Bund und Kanton haben deshalb bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den besonderen Förderungs- und Schutzbedürfnissen von Kindern und Jugendlichen Rechnung zu tragen (Art. 67 Abs. 1 BV). Auch das bernische Bildungswesen hat die harmonische Entwicklung der körperlichen, geistigen, schöpferischen, emotionalen und sozialen Fähigkeiten zu fördern sowie das Verantwortungsbewusstsein gegenüber der Umwelt zu stärken (Art. 42 Abs. 1 KV).

Für eine Verbesserung des chancengleichen Zuganges zur obligatorischen Schule von Bedeutung ist zudem der in Art. 19 gewährleistete justiziable Anspruch der Kinder gegenüber dem Kanton bzw. der Gemeinde auf ausreichenden¹⁰²⁴ und unentgeltlichen¹⁰²⁵ Grundschulunterricht¹⁰²⁶. So muss gemäss Bundesgericht die Ausbildung « auf jeden Fall für den Einzelnen angemessen und geeignet sein und genügen, um die Schüler angemessen auf ein selbstverantwortliches Leben im modernen Alltag vorzubereiten (...) Der Unterricht muss grundsätzlich am Wohnorte der Schuler erteilt werden (...) Aus der in Art. 19 BV verankerten Garantie ergibt sich daher auch ein Anspruch auf Übernahme der Transportkosten, wenn der Schulweg wegen übermässiger Länge oder Gefährlichkeit dem Kind nicht zugemutet werden kann »¹⁰²⁷.

¹⁰²² So etwa das Konkordat der EDK vom 29. Oktober über die Schulkoordination (BSG 439.13); das Regionale Schulkommen (RSA 2000) der Nordwestschweizerischen Erziehungsdirektorenkonferenz (BSG 439.14); die interkantonale Vereinbarung für Schulen mit spezifisch-strukturierten Angeboten für Hochbegabte; die interkantonale Vereinbarung über die Harmonisierung der obligatorischen Schule (sog. HarmoS-Konkordat).

¹⁰²³ Vgl. dazu REUSSER/LÜSCHER, SG-Komm. N. 11f. zu Art. 11 BV.

¹⁰²⁴ Zur Konkretisierung hierzu siehe insbesondere Art. 4 Abs. 1 KGG, Art. 12 Abs. 2 KGG, Art. 1 VSG. Mehr dazu in MÜLLER/FELLER, Bernisches Verwaltungsrecht, S. 587.

¹⁰²⁵ Zur Unentgeltlichkeit siehe auch Art. 5 KGG und Art. 13 VSG. Über den verfassungsrechtlichen Minimalanspruch hinaus sind die Gemeinden verpflichtet, den Schüler_innen die individuellen Lehrmittel und Schulmaterialien unentgeltlich abzugeben sowie die notwendigen allgemeinen Lehrmittel und die für den Unterricht notwendigen Geräte und Apparate zu beschaffen und bereitzustellen (Art. 13 Abs. 2 VSG). Nicht unentgeltlich sind dagegen die Tages- schulangebote (Art. 14d Abs. 2 VSG), deren Nutzung freiwillig ist (Art. 14g VSG) und für deren Nutzung Gebühren erhoben werden (Art. 14h Abs. 1 VSG).

¹⁰²⁶ Zum Inhalt siehe z.B. BGE 133 I 156 E. 3.1..

¹⁰²⁷ Vgl. dazu auch MÜLLER/FELLER, Bernisches Verwaltungsrecht, S. 582.

Grundschulunterricht ist nur dann « ausreichend » i.S.v. Art. 19 BV, wenn er dem einzelnen Schüler ermöglicht, als gleichberechtigter Mensch am gesellschaftlichen Leben teilzuhaben¹⁰²⁸. Schüler, die dem Unterricht in einer Regelklasse nicht genügend folgen können, haben Anspruch auf besondere Unterstützung, damit auch sie nach Möglichkeit jene Ausbildung erlangen, die ihnen eine gleichberechtigte Teilhabe am gesellschaftlichen Leben ermöglicht¹⁰²⁹. Auch Kinder mit ganz besonderen Begabungen haben gestützt auf Art. 19 BV einen Anspruch auf individuelle Förderung¹⁰³⁰, auch wenn der Anspruch individueller Betreuung bei lernschwachen Kindern tendenziell weiter gehen als bei besonders Begabten¹⁰³¹. Die besondere Förderung lernschwacher und speziell begabter Kinder muss deren individuellen Fähigkeiten und ihrer Persönlichkeitsentwicklung Rechnung tragen, auch wenn gewisse Typisierungen zulässig sind¹⁰³². Das Gericht stützt seine Argumentation auf dem Gedanken, dass soziale Grundrechte primär sozial Schwache stützen sollen¹⁰³³.

Die geltenden verfassungsrechtlichen Grundlagen (Art. 8 BV, Art. 11 BV, Art. 19 BV) bieten einen rechtlich robusten Rahmen für den Schutz vor staatlicher Diskriminierung. Die quasi kantonsverfassungsrechtliche Zusammenführung dieser bundesverfassungsrechtlichen Grundrechte ist Art. 29 Abs. 2 KV, demnach jedes Kind einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Schutz, Fürsorge und Betreuung sowie auf eine seinen Fähigkeiten entsprechende, unentgeltliche Schulbildung hat. Flankiert wird dieser Anspruch durch die nicht justiziablen Sozialziele in Art. 30 Abs. 1 Bst. e und f KV BE, wonach Kanton und Gemeinden sich zum Ziel setzen, dass die Anliegen und Bedürfnisse der Kinder und der Jugendlichen berücksichtigt werden und dass alle sich gemäss ihren Fähigkeiten und Neigungen bilden und weiterbilden

¹⁰²⁸ BORGHI, in: Kommentar BV, Art. 27 (1988), Rz. 33; RHINOW, Verfassungsrecht, Rz. 3110. Aus der Rechtsprechung siehe BGE 130 I 352 E. 3.2 S. 354; 119 Ia 178 E. 8a und b S. 194f.

¹⁰²⁹ SCHEFER/MÜLLER, Grundrechte, S. 790.

¹⁰³⁰ Urteil 2P.150/2003 (2003) E. 4.3, in: ZBI 2004, S. 281f. Aus der Literatur siehe BORGHI, in: Kommentar V, Art. 27 (1988), Rz. 47; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER II, Rz. 1538; PAUL RICHLI, Chancengleichheit im Schul- und Ausbildungssystem als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, ZBI 1995, S. 209-213.

¹⁰³¹ Urteil 2P.216/2002 (2003) E. 5.4, letzter Absatz.

¹⁰³² Vgl. hierzu etwa folgende vom Bundesgericht für zulässig erklärte Zürcher Regelung (Urteil 2P.150/2003 (2003), E. 4.3): Schüler die dem Unterricht in der Normalklasse nicht folgen können, werden einer Sonderklasse zugewiesen. Kindern, die aufgrund einer Behinderung in beiden Klassen nicht ihren Fähigkeiten entsprechend gefördert werden können, gibt das Gesetz Anspruch auf spezifische Schulung in Form einer Sonderschule oder zusätzlicher Stütz- und Fördermassnahmen.

¹⁰³³ Urteil 2P.216/2002 (2004) E. 5.4, letzter Absatz.

können¹⁰³⁴. Weiter ergibt sich aus Art. 43 Abs. 1 KV und Art. 15 Abs. 1 und 4 BV, dass Kanton und Gemeinden öffentliche Kindergärten und Schulen konfessionell und politisch neutral führen müssen¹⁰³⁵.

Schliessliche: Dabei zeigt sich in der Rechtswirklichkeit, dass der Art. 19 BV (und Art. 29 Abs. 2 KV BE) im Grundsatz wirksam umgesetzt werden. Rechtliche Defizite zeigen sich aber vermutungsweise – und trotz praktisch inexisterter Datenlage – in der realen Bedeutung der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote, so sind insbesondere im aktuellen politischen Umfeld Kinder und Jugendliche spezifischer Herkunft verstärkt Diskriminierungstendenzen ausgesetzt, die sich – je nachdem, ob weitere Diskriminierungsdimensionen hinzu kommen wie z.B. das Geschlecht – auf unterschiedliche Art und Weise und in unterschiedlicher Intensität und Häufigkeit auswirken (können)¹⁰³⁶.

2.2 Massnahmen zur Gewährleistung des Verbotes schulischer Diskriminierung

a. Diskriminierungsverbote in den Erlassen des Schulrechts

Wie im Polizeirecht lässt sich auch im Schulrecht mit überzeugenden Argumenten anbringen, die Durchsetzung völker- und verfassungsrechtlicher Diskriminierungsverbote lasse sich durch Wiederholung und Spezifizierung besser gewährleisten: Zur stärkeren Betonung des Nichtdiskriminierungsgrundsatz im Rahmen der obligatorischen Schulung von Kindern und Jugendlichen sollte dieser daher explizit im Schulrecht verankert und in den entsprechenden Verordnungen/Richtlinien/Weisungen/Leitfaden/Handlungsanleitungen spezifiziert werden. Die Notwendigkeit dieser ausdrücklichen Erwähnung des Diskriminierungsverbotes resultiert aus der besonderen Diskriminierungsgefahr, die sich aus dem asymmetrischen Verhältnis zwischen Schulen bzw. deren Organe einerseits und Schüler_innen andererseits ergibt. Im Rahmen des geltenden Schulrechts wäre es etwa denkbar, im Volksschulgesetz (VS) vom 19. März 1992¹⁰³⁷ und im Kindergartengesetz vom 23. November 1983¹⁰³⁸ je eine entsprechende Regelung einzuführen. Im Sinne der Respektierung der geltenden Systematik wäre dies z.B. durch die folgende Ergänzung von Art 4 möglich:

Art. 4 Volksschulgesetz / Art. 3 Kindergartengesetz

Achtung der Grundrechte und Elternrechte

¹ Die Volksschule beachtet in allen ihren Entscheidungen das geltende Recht. Von besonderer Bedeutung

¹⁰³⁴ Dazu MÜLLER/FELLER, Bernisches Verwaltungsrecht, S. 583.

¹⁰³⁵ Dazu grundlegend TAPPENBECK/PAHUD DE MORTANGES, S. 1401ff. Aus der Praxis vgl. etwa Bildungsdirektion des Kantons Zürich, Rekursentscheid vom 10.1.2007, ZBI 2007, S. 152 E. 6 und 8.3.

¹⁰³⁶ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

¹⁰³⁷ SR 432.210.

¹⁰³⁸ SR 432.11.

sind die Menschenrechte und Grundrechte, so etwa:

a. Das Verbot der Diskriminierung wegen der Herkunft, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion.

(...)

² Die öffentliche Volksschule ist konfessionell neutral. Sie darf die Glaubens- und Gewissensfreiheit sowie die im Zivilgesetzbuch geordneten Elternrechte nicht beeinträchtigen.

Diskriminierungsrisiken bestehen in den verschiedenen schulischen Tätigkeitsfeldern, z.B. im Rahmen von schulischen Handlungen wie der Einschulung, der Beurteilung von Laufbahnentscheidungen und der Verfügung und Umsetzung von besonderen Massnahmen. Beispielsweise zeigt sich, dass bei Schulübertrittsentscheidungen, die von Lehrer_innen gefällt werden, die Chance (männlicher) Ausländer (spezifischer Herkunft), in die Sekundarstufe eingestuft zu werden, nicht einmal halb so gross ist wie bei (weiblichen) Schweizerinnen¹⁰³⁹. Da die entsprechenden Regelungen in unterschiedlichen Verordnungen spezifisch reglementiert werden, ist es empfehlenswert, die völker-, verfassungs- und gesetzesrechtlichen Diskriminierungsverbote in den jeweiligen Verordnungen einzugliedern.

Illustrativ wäre beispielsweise zu prüfen, in der Direktionsverordnung über Beurteilung und Schullaufbahnentscheide in der Volksschule (DVBS) vom 7. Mai 2002¹⁰⁴⁰ ein Diskriminierungsverbot zu verankern. In der Gesetzessystematik müsste der Nichtdiskriminierungsgrundsatz unter « Allgemeines zur Beurteilung » eingegliedert werden.

Art. 3

Grundsätze

¹ Die Beurteilung beachtet das geltende Recht. Von zentraler Bedeutung sind die Menschenrechte und Grundrechte, so etwa:

a. Das Verbot der Diskriminierung wegen der Herkunft, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion.

(...)

² Die Beurteilung ist (...)

Weiter liesse sich auch eine entsprechende Regelung in der Verordnung über die besonderen Massnahmen im Kindergarten und in der Volksschule (BMV) vom 19. September 2007¹⁰⁴¹ festlegen¹⁰⁴². Die Ver-

¹⁰³⁹ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

¹⁰⁴⁰ SR 432.213.11.

¹⁰⁴¹ SR 432.271.1.

¹⁰⁴² Vertieft zu prüfen wären allfällige Anpassungen in der Direktionsverordnung über die besonderen Massnahmen im Kindergarten und in der Volksschule (BMDV) vom 1. August 2009 (SR 432.271.11).

ordnung regelt die besonderen Massnahmen (z.B. Förderung, Spezialunterricht, besondere Klassen) in Kindergarten und in der Volksschule, die Schülerinnen und Schülern den Besuch der ordentlichen Bildungsgänge ermöglichen sollen, die Zuweisungsverfahren und die Finanzierung. Es handelt sich also um einen besonders sensiblen Bereich, wo Diskriminierung entscheidende Auswirkungen haben kann. Konkret wäre etwa folgende Regelung denkbar:

Art. 2

Besondere Massnahmen

¹ Sie berücksichtigen das Diskriminierungsverbot, (...)

Art. 5

¹ Massnahmen zur besonderen Förderung unterstützen die individualisierende und differenzierende Schulung. Sie beachten die Gesetze. Von besonderer Bedeutung sind die Menschenrechte und Grundrecht, so etwa:

a. das Verbot der Diskriminierung wegen der Herkunft, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion.

Damit die entsprechenden Regelungen auch in den verschiedenen Praxisfeldern wahrgenommen und umgesetzt werden, müssen diese jeweils in spezifischen Richtlinien/Weisungen/Leitfaden konkretisiert werden. Denkbar wäre etwa ein(e) Richtlinie/Weisung/Leitfaden zu

- « Diskriminierung bei Beurteilungen und Schullaufbahnentscheidungen »,
- « Diskriminierung bei der Zuweisung zu besonderen Massnahmen »,
- « Verfahren und Handhabungen bei Diskriminierungskonflikten ».

Die jeweiligen Richtlinien/Weisungen/Leitfaden dienen in erster Linie der Aus- und obligatorischen Weiterbildung der Lehrkräfte und Schulbehörden und sind letztlich konkrete Handlungsanweisungen bei Fällen von Entscheidungen im Rahmen von Einschulungs-, Übertritt- und Zuweisungsentscheidungen.

b. Regelungen in der Aus- und Weiterbildung, in Beratung und Coaching

Für eine wirksame Umsetzung der entsprechenden gesetz- und verordnungsrechtlichen Vorgaben sowie der Richtlinien/Weisungen/Leitfaden/Handlungsanleitungen braucht es spezifische Kompetenzen der Entscheidungsträger_innen. Diese lassen sich einerseits durch Schulungen aufbauen, Andererseits ist auch ein einzelfallbezogenes bzw. problemspezifisches Beratungs- und Coachingangebot notwendig. Hierfür sollte eine Stelle innerhalb der kantonalen Verwaltung bezeichnet werden, der eine Beratungs- und Coachingaufgabe zugewiesen wird. Da gemäss Integrationsgesetz die jeweiligen Massnahmen zur Förderung der

Integration und zur Verhinderung und Beseitigung von ethnisch-kultureller Diskriminierung in den Zuständigkeitsbereich der Direktionen der jeweiligen Regelstrukturen fällt, ist eine solche Beratungs- und Coachingkompetenz bei der Erziehungsdirektion angesiedelt. Unterstützend wäre die Fachstelle für die Integration als Ansprechstelle für die Erziehungsdirektion verantwortlich. In diesem Sinne ist es angebracht, in der Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Erziehungsdirektion (Organisationsverordnung ERZ, OrV ERZ) ein ergänzender Passus in Teil 4. Aufgaben und Organisationseinheiten einzuführen¹⁰⁴³.

Konkret:

Art. 9

Generalsekretariat

¹ (...)

g. bietet Unterstützung und Beratung für die Umsetzung der Gleichstellungsziele und des verfassungsrechtlichen Verbotes der Diskriminierung wegen der Herkunft, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion.

(...)

2.3 Konzeption und Umsetzung

Konzeption und Umsetzung der vorgeschlagenen Massnahmen sollte sich an den strategischen Grundsätzen orientieren:

- *Ziel* ist die Verhinderung von Diskriminierungshandlungen durch die Schulbehörden und die Lehrkräfte.
- *Rechtsinstrumentarium*: Diskriminierungsverbote im Schulrecht, Durchsetzung über Weisungen/Richtlinien/Leitfaden/Handlungsanleitungen, Bildungsinhalte im Schulrecht, rechtliche Verankerung institutioneller Zuständigkeiten in den Bereichen Bildung/Beratung/Coaching/Supervision.
- *Handlungsebene*: Die zu formulierenden Massnahmen setzen nicht bei den Benachteiligten an, sondern dienen in erster Linie der Gestaltung von Entscheiden. Konkret geht es also darum, Entscheidungshandlungen der Schulbehörden (z.B. Einschulungen, Beurteilung, Laufbahnentschei-

¹⁰⁴³ Damit die Ressourcen optimal genutzt werden, wäre etwa zu prüfen, ob eine solche Beratungs- und Coachingfunktion beispielsweise bei der Expertin für Gender Mainstreaming anzusiedeln ist. Vgl. hierzu auch http://www.erz.be.ch/erz/de/index/direktion/organisation/generalsekretariat/gender_mainstreaming.html (Zugriff: 1. Januar 2011).

de, Zuweisungsentscheide bei besonderen Massnahmen) dahingehend zu definieren, dass bei jeder Handlung diskriminierungssensible Konstellationen sowie Diskriminierungsrisiken mitbeachtet und entsprechend Massnahmen formuliert werden. Dies erfordert neben einer konkreten Formulierung von Handlungsanweisungen auch deren praktische Einübung und entsprechend transparente Bearbeitung, falls Verstösse passieren.

- *Handlungsinstrumente:* Im Zentrum stehen Sensibilisierungs- und Präventionsmechanismen. Subsidiär und zur Absicherung der Wirksamkeit der Massnahmen notwendig sind allenfalls auch Interventionen vorzusehen (etwa durch wirksame Sanktionierungen im Rahmen von Disziplinarverfahren).

Zuständig für die Konzeption und Umsetzung sind:

- Ausschliessliche kantonale Kompetenz.
- Zuständig für Änderungen im Volksschulgesetz ist der Grosse Rat, wobei deren Anstoss auch durch den Regierungsrat erfolgen kann, etwa initiiert durch die Fachstelle für die Integration und/oder die Erziehungsdirektion.
- Andererseits liegt die Zuständigkeit der entsprechenden Anpassungen auf Verordnungsebene beim Regierungsrat.
- Für die Konkretisierungen in Richtlinien/Weisungen/Leitfaden/Handlungsanleitungen Konzipierung und Umsetzung auf organisatorischer Ebene zuständig ist die entsprechende Direktion (Erziehungsdirektion¹⁰⁴⁴, allenfalls in Zusammenarbeit mit weiteren Direktionen) (siehe Art. 18 Abs. 1 VE-IntG). Zu den Umsetzungsmassnahmen gehören beispielsweise Schulungsmodulare sowie die Gewährleistung von diskriminierungsschutzrechtlichem Know-how für die bestehenden oder zu schaffenden Beratungs-/Coaching-/Supervisionsstellen.
- Die Fachstelle für die Integration kann sowohl bei der Konzipierung als auch der Umsetzung unterstützend – z.B. in Form von Fachwissen, Moderation und Koordination – aktiv werden (siehe Art. 17 VE-IntG); ebenso sollte die kantonale Kommission für die Integration der ausländischen Bevölkerung bei der Entwicklung und Umsetzung konsultiert werden (siehe Art. 19 VE-IntG).

¹⁰⁴⁴ Vgl. hierzu etwa auch die Verordnung über die Organisation und die Aufgaben der Erziehungsdirektion (Organisationsverordnung ERZ, ErV ERZ) vom 27. November 2002 (SR 152.221.181). Vgl. hierzu insbesondere den Aufgabenkatalog in Art. 9 ff.

- Zentral ist zudem eine Sensibilisierung der Gemeinden, da diese die organisatorische Vollzugs-kompetenz haben.
- Weiter erstatten die zuständigen Direktionen an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion Bericht über die Umsetzung und Wirksamkeit der getroffenen Massnahmen (siehe Art. 18 Abs. 2 und 17 Abs. 2 VE-IntG), wobei die Kommission für die Integration der ausländischen Bevölkerung um-fassend über die Ergebnisse der Evaluation zu informieren ist (Art. 19 VE-IntG).
- Für die inhaltliche Ausgestaltung, die Umsetzung und die Kontrolle der Massnahmen sollte der Kanton eng mit der Zivilgesellschaft zusammenarbeiten, insbesondere mit denjenigen Organisa-tionen, die in den Bereichen Sensibilisierung, Prävention und Intervention regelmässig mit Dis-kriminierungsvorwürfen an die Schule konfrontiert sind und den Ausländer_innen-Organisationen (siehe Art. 15 Abs. 2 VE-IntG).
- Sinnvoll ist weiter eine konsultative Zusammenarbeit mit der Stiftung für Bildung und Entwick-lung und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB, die in der Schularbeit über langjährige Erfahrungen und ein breites Netzwerk verfügen (siehe Art. 15 Abs. 2 VE-IntG). Schliesslich sollte gemeinsam mit der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB geprüft werden, inwiefern diese allfällige Finanzierungshilfen leisten kann.

3. Beispiel 3: Personalrecht

3.1 Kantonales Personalrecht und Diskriminierungsschutz

Das kantonale Personalrecht samt seinen Ausführungsbestimmungen gilt gemäss Art. 2 Abs. 1 PG « für alle Arbeitsverhältnisse des Kantons, der Universität, der Berner Fachhochschule und der Pädagogischen Hochschule ». Darüber hinaus kommt das kantonale Personalrecht ganz oder teilweise zur Anwendung auf eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen bei dem Kanton nahestehenden Institutionen (öffentlich-rechtliche Anstalten, Stiftungen etc.) und eine bedeutende Anzahl der bernischen Gemeinden¹⁰⁴⁵, soweit die Institutionen bzw. Gemeinden dieses als anwendbar erklärt haben¹⁰⁴⁶.

Verbote ethnisch-kultureller Diskriminierung sind nicht Bestandteil des kantonalen Personalrechts. Doch ist der explizite Schutz vor Diskriminierung dem kantonalen Personalrecht nicht fremd. So kann in Ausführung der Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes gestützt auf Art. 107 Abs. 2 Bst. b PG i.V.m.

¹⁰⁴⁵ VON KAENEL/ZÜRCHER, 2. Kapitel: Personalrecht, S. 45-92, in: Müller/Feller, Bernisches Verwaltungsrecht, S. 51.

¹⁰⁴⁶ Dies geschieht in der Realität häufig im Sinne des ergänzenden Rechts zu den Bestimmungen des kommunalen Personalreglements (vgl. zB. Art. 2 Abs. 3 des Personalreglements der Gemeinde Zollikofen vom 25. Juni 1997 oder Art. 1 Abs. 2 des Personalreglements der Gemeinde Meiringen vom 14. November 2005).

Art. 5 GIG bei der Anstellungsbehörde beantragt werden, eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen, eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen, eine Diskriminierung festzustellen oder die Zahlung des geschuldeten Lohnes anzuordnen. Anstelle einer Verfügung können die Betroffenen ein Schlichtungsverfahren bei der Schlichtungskommission gegen Diskriminierungen im Erwerbsleben nach Art. 11 ff. EG GIG beantragen¹⁰⁴⁷.

3.2 Massnahmen zur Gewährleistung des Verbotes von Diskriminierung

a. Diskriminierungsverbote und Gleichstellungsauftrag im Personalrecht

Das Erwerbsleben ist in besonderem Masse von Diskriminierungsrisiken geprägt. Personalrechtliche ethnisch-kulturelle Diskriminierungsverbote können bewirken, dass Diskriminierung im Geltungsbereich des PG wirksamer bekämpft werden könnte¹⁰⁴⁸. Der Schutz vor Diskriminierung liesse sich in allen Phasen (Bewerbungsverfahren, Rekrutierung, Selektion, Vertragsinhalt, Vertragsverhältnis, Beendigung, nachvertragliches Verhältnis) verankern. Analog zur Geschlechterdiskriminierung könnte bei einer ein- bzw. mehrdimensionalen ethnisch-kulturelle Diskriminierung die betroffene Person bei der Anstellungsbehörde beantragen, eine drohende Diskriminierung zu verbieten oder zu unterlassen, eine bestehende Diskriminierung zu beseitigen, eine Diskriminierung festzustellen oder die Zahlung des geschuldeten Lohnes anzuordnen. So wäre etwa die Verankerung folgender Diskriminierungsverbote denkbar:

Art. 4 Personalgesetz

Grundlagen und Ziel

m. fördert den Schutz vor Diskriminierung wegen der Herkunft, der Rasse, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion.

(...)

Ein Diskriminierungsverbot alleine kann das Problem der strukturellen Diskriminierung nicht angemessen bekämpfen. Um etwa strukturelle Benachteiligungen im Erwerbsleben zu beseitigen, die durch vergangene Diskriminierungen – z.B. den schwächeren Bildungshintergrund – bedingt sind, müssen Massnahmen zur Beseitigung oder Abschwächung struktureller Benachteiligungen eingeführt werden. Das Personalrecht könnte dazu einen Beitrag leisten. So wäre es etwa über die Verankerung eines Diskriminierungsverbotes hinaus denkbar, eine Regelung in das Personalgesetz zu integrieren, die zum Ziel hat, Menschen, die im Erwerbsleben verstärkt Diskriminierungen ausgesetzt sind, zu fördern. Eine solche Regelung könnte in Form einer Zielquote konzipiert werden, die vom Geltungsbereich betroffene Institutionen verpflichtet, im Rahmen einer bestimmten Frist, eine gewisse Anzahl an Migrant_innen, Migranten

¹⁰⁴⁷ Vgl. dazu DANIEL VON KAENEL/ HANS-ULRICH ZÜRCHER, 2. Kapitel: Personalrecht, S. 45-92, N 90f.

¹⁰⁴⁸ Zum Geltungsbereich des PG siehe VON KAENEL/ZÜRCHER, N 12ff.

mit Behinderung etc. zu rekrutieren¹⁰⁴⁹. Denkbar ist aber auch eine weiche Regelung ohne Quotenvorgabe mit der Vorgabe, Menschen mit Migrationshintergrund, Migrantinnen mit Behinderung etc. bei der Rekrutierung besonders zu fördern.

Damit Diskriminierung im Arbeitsumfeld verhindert und bei Diskriminierung zielführend interveniert werden kann, benötigen die zuständigen Personalfach- und Führungskräfte über die notwendige Sensibilität. Dazu gehören Schulungen des verantwortlichen Personals zur Diskriminierungsproblematik, den rechtlichen Rahmenbedingungen und den praktischen Interventionsmöglichkeiten. In diesem Sinne ist zu prüfen, ob im Personalrecht das Thema Diskriminierungsschutz als obligatorischer Teil der Weiterbildung eingeführt werden soll.

Schliesslich zeigt sich, dass es sowohl für Diskriminierungsbetroffene als auch für Vorgesetzte nützlich ist, wenn sie sich an eine interne Anlaufstelle für Diskriminierungsfragen richten können¹⁰⁵⁰.

In Anlehnung an diese Überlegungen sind potentielle Anpassungen der Personalverordnung (PV) zu prüfen, etwa die Schaffung eines spezifischen oder allgemeinen Diskriminierungsverbotes und Gleichstellungsauftrages betreffend Menschen mit Migrationshintergrund:

Art. 5^{bis} Personalverordnung

Menschen mit Migrationshintergrund

¹ Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der « Rasse », der Herkunft, der Sprache, der ethnischen Zugehörigkeit und der Religion.

² Die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung von Menschen mit Migrationshintergrund hat das Ziel, eine ausgewogene Vertretung von Migrantinnen und Migranten auf allen Hierarchiestufen und in allen Funktionen der kantonalen Verwaltung zu erreichen.

³ Die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung ist eine Führungsaufgabe und Bestandteil der Personalarbeit.

⁴ Die Grundsätze für die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung werden durch den Regierungsrat festgelegt.

(...)

¹⁰⁴⁹ Dabei müsste aber auch sichergestellt werden, dass keine Nichtdiskriminierungsansprüche Dritter verletzt werden. Siehe dazu etwa die Rechtsprechung des EuGH.

¹⁰⁵⁰ Siehe hierzu ADS-Expertise zu den Beschwerdestellen und Beschwerdeverfahren nach § 13 AGG, und ADS-Expertise zu den Organisationspflichten von Arbeitgebenden. Beide abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SiteGlobals/Forms/PublikationenSuche/Publikationen_Formular.html (Zugriff: 21. April 2011).

Für eine kohärente Antidiskriminierungs- und Gleichstellungspolitik denkbar wäre auch die Zusammenführung der Art. 3 und 4 PV und deren Ausbau zu einem allgemeinen Antidiskriminierungs- und Gleichstellungsartikel.

Art. 3 Personalverordnung

Diskriminierungsverbot und Gleichstellung

¹ Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht wegen der Herkunft, der « Rasse », des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der sexuellen Identität, der fahrenden Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politische Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

² Die tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern ist zu fördern. Ziel ist, eine ausgewogene Vertretung der Geschlechter auf allen Hierarchiestufen und in allen Funktionen der kantonalen Verwaltung zu erreichen.

³ Die Integration von Menschen mit Behinderung ist zu fördern.

⁴ Die tatsächlichen Gleichstellung von Menschen mit Migrationshintergrund ist zu fördern. Ziel ist, eine ausgewogene Vertretung von Migrantinnen und Migranten auf allen Hierarchiestufen und in allen Funktionen der kantonalen Verwaltung zu erreichen.

⁵ Die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung und der Integration ist eine Führungsaufgabe und Bestandteil der Personalarbeit.

⁶ Die Grundsätze für die Förderung der tatsächlichen Gleichstellung und der Integration werden durch den Regierungsrat festgelegt.

⁷ Die Gleichstellung und Integration beantragt der Regierungsrat jeweils mit einem Voranschlag einen Kredit.

(...)

Ähnlich wie im Polizei- und im Schulrecht wäre auch hier zusätzlich zur Verankerung von Diskriminierungsverboten eine Konkretisierung im Rahmen spezifischer praxisorientierter Weisungen/Richtlinien/Leitfaden zu prüfen. Denkbar sind beispielsweise Regelungen betreffend:

- die Rekrutierung von Personal mit Migrationshintergrund;
- den Umgang mit diskriminierendem Mobbing;
- die Verbesserung von Diversität bei der Angestelltenstruktur;
- den Umgang mit rassistischen Daten.

3.3 Anregungen aus anderen Kantonen

- a. Verordnung über die Benutzung von Informatikmitteln am Arbeitsplatz (Kanton Luzern, zudem ähnliche Regelungen: Kanton Zug, Kanton Basel-Landschaft)

Die Verordnung über die Benutzung von Informatikmitteln am Arbeitsplatz vom 10. Dezember 2002 bezweckt neben dem Schutz von sensitiven Datenbeständen auch die Gewährleistung des sicheren und wirtschaftlichen Einsatzes der Informatikmittel sowie die Wahrung der Persönlichkeitsrechte der Anwenderinnen und Anwender (§ 1 Abs. 2) durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der kantonalen Verwaltung (einschliesslich kantonalen Schulen) und der Gerichte (§ 2 Abs. 1)¹⁰⁵¹. Die Verordnung untersagt die missbräuchliche Verwendung von Informatikmitteln durch die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der kantonalen Verwaltung (§ 8). Informatikmittel sind gemäss Informatikgesetz vom 7. März 2005¹⁰⁵² Geräte, Einrichtungen und Dienste, wie insbesondere Computersysteme, Computerprogramme, Kommunikationsdienste, die der elektronischen Erfassung, Verarbeitung, Speicherung, Übermittlung, Auswertung, Archivierung oder Vernichtung von Informationen dienen (§ 3 Abs. 3). In diesem Sinne dient sie mittelbar der präventiven Gewährleistungen rechtskonformer Anwendung von Informatikmitteln im Rahmen der Ausübung staatlicher Handlungen.

Gemäss § 8 Abs. 1 missbräuchlich ist jede Verwendung der Informatikmittel, die gegen die Verordnung verstösst (lit. a), gegen andere Bestimmungen der Rechtsordnung verstösst (lit. b) und Rechte Dritter verletzt (lit. c). Insofern sind also auch persönlichkeitsverletzende, diskriminierende Äusserungen missbräuchlich. Darüber hinaus spezifiziert das Gesetz in Abs. 2 spezifische Handlungen, so u.a. auch das Zugreifen auf Daten mit « rassistischem (...) Inhalt sowie deren Erfassung, Verarbeitung, Speicherung und Übermittlung, soweit die Handlungen nicht im Rahmen eines dienstlichen Auftrags erfolgen ». Die Verordnung macht somit explizit klar, dass der Umgang mit rassistischen Daten im Rahmen staatlicher Anstellungsverhältnisse genügend schwer wiegt. Bei Verstoss gegen die Rechtsordnung im Zusammenhang mit dem Gebrauch von Informatikmitteln und bei Verstoss gegen diese Verordnung können die personalrechtlich vorgesehenen Sanktionen ergriffen werden (§ 12). Die Strafverfolgung und die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche bleiben vorbehalten.

Eine analoge Regelung findet sich im Kanton Zug, namentlich in der Verordnung über die Benutzung von elektronischen Geräten und elektronischen Kommunikationsverhältnissen im Arbeitsverhältnis vom 17. Dezember 2002¹⁰⁵³. So dürfen gemäss § 10 (Internet-Nutzung) keine Webseiten mit erotischem, rassistischem oder gewalttätigem Inhalt abgerufen werden. Bei Verstoss können der Internetzugang gesperrt

¹⁰⁵¹ Ausnahmen siehe § 2 Abs. 2 und 3.

¹⁰⁵² SRL Nr. 26.

¹⁰⁵³ BGS 154.28.

und entsprechende Daten mit privatem Inhalt nach Vorankündigung gelöscht werden (§ 14 Abs. 2). Vorbehalten bleiben weiter die übrigen personalrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten (§ 14 Abs. 2). Bei konkretem begründetem Verdacht auf eine strafbare Handlung (so z.B. ein Verstoß gegen das strafrechtliche Verbot zur Rassendiskriminierung) muss Strafanzeige bei der zuständigen Behörde erstattet werden (§ 14 Abs. 4).

Ebenso findet sich eine ähnliche Regelung im Benutzungsreglement Informatik-Mittel vom 17. Dezember 2002 des Kantons Basel-Landschaft¹⁰⁵⁴. Gemäss § 10 (Unangemessene und private Benutzung) Abs. 2 verboten ist das Zugreifen auf oder Verbreiten von Material mit (...) rassistischem Inhalt.

4. Empfehlungen an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion

Die grundsätzliche Fragestellung *der Spezifizierung und Konkretisierung von völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten zugunsten deren wirksameren Umsetzung* umfasst sämtliche Bereiche staatlichen Handelns (z.B. Gesundheitsleistungen, Bildung, Militär und Zivilschutz). Daher ist es empfehlenswert, dass der Kanton Bern seine Gesetzgebung insgesamt einer vertieften Prüfung unterzieht und abklärt, in welchen Bereichen und auf welcher Stufe jeweils Spezifizierungen und Konkretisierungen staatlicher Diskriminierungsverbote vorzunehmen sind. Kernstück der Massnahmen sind die konkreten Handlungsanweisungen in Richtlinien und Weisungen sowie Hilfestellungen in Leitfaden und Handlungsanleitungen.

Die vorgeschlagenen gesetzgeberischen Massnahmen fallen entweder in die Zuständigkeit des Grossen Rates oder in diejenige des Regierungsrates. Daher hängt deren Realisierbarkeit in einem Fall von den politischen Verhältnissen im Parlament und im anderen Fall von denjenigen in der Kantonsregierung ab. Da die zentralen Massnahmen hingegen entweder auf Verordnungsebene oder auf der Ebene von Weisungen/Richtlinien/Leitfaden/Handlungsanleitungen realisiert werden können (so etwa die Verankerung von Nichtdiskriminierungsgrundsätzen sowie deren bereichs- und problemspezifische Konkretisierung), würde es genügen, die entsprechenden Massnahmen innerhalb der Regierung oder gar innerhalb der verschiedenen Departemente zu realisieren.

Denkbar wäre etwa ein Anstoss eines konkreten Umsetzungsprozesses durch die Gesundheits- und Fürsorgedirektion auf der Basis von Art. 17 Abs. 1 IntG. Ziel wäre die Erarbeitung konkreter Richtlinien/Weisungen/Leitfaden betreffend die jeweiligen Regelstrukturen mittels vorgängigem Issue-Screening und anschliessender Konzeptarbeit. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion könnte den Prozess steuern und koordinieren. Die einzelnen Direktionen wären dann auf der Grundlage von Art. 18 Abs. 1 gehalten, die erarbeiteten Massnahmen in ihrem Zuständigkeitsbereich umzusetzen. Weiter wären sie auf der

¹⁰⁵⁴ GS 140.551.

Grundlage von Art. 18 Abs. 2 verpflichtet, die Wirksamkeit der ergriffenen Massnahmen zu evaluieren und der Gesundheits- und Fürsorgedirektion Bericht zu erstatten – so etwa über die jeweilige Umsetzung von konkreten Richtlinien/Weisungen/Leitfaden/Handlungsanleitungen. Dies wiederum würde der Gesundheits- und Fürsorgedirektion ermöglichen, die Massnahmen zu analysieren und in den Gesamtbericht zuhanden des Regierungsrates einzuarbeiten (Art. 17 Abs. 2).

E. Privatrecht: Ermächtigung von Betroffenen privater Diskriminierung

Aus integrationspolitischer Perspektive besteht ein kantonales Interesse an einem wirksamen individuellen privatrechtlichen Diskriminierungsschutz. Gerade das Privatrecht ist aus der Perspektive des Empowerments ein besonders geeignetes Instrument, die Mobilisierung der eigenen Verantwortung der Diskriminierungsbetroffenen zu gewährleisten und zu fördern. Denn das System des Privatrechts beruht auf der Privatautonomie und damit auch auf der Selbstverantwortung in der Durchsetzung eigener Rechte, die verletzt wurden. Es vermittelt den liberalen Geist der schweizerischen Rechtsordnung und fördert die Autonomie der zu integrierenden Bevölkerung.

Die Stärkung des Privatrechts verbindet den aktuellen integrationspolitischen Anknüpfungspunkt «fördern – fordern» mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Sinne der «Gleichstellung fördern - Gleichberechtigung fördern». Die Förderung der selbstverantwortlichen Nutzung der eigenen Ressourcen ist denn auch ein zentraler Zweck des Integrationsgesetzes (Art. 1 lit. e i.V.m. lit. a). Zu dieser Förderung passt auch die Vermittlung der Nutzung des Privatrechts als autonomes Privatrechtssubjekt. Damit dies aber möglich ist, bedarf es auch der Stärkung der Chancengleichheit in der Nutzung dieser Ressource «liberales Privatrecht». Da die ausländische Bevölkerung vielfach aufgrund ihrer sozialen Stellung über weniger ökonomische, kulturelle und soziale Ressourcen verfügen, ist der Zugang des Privatrechts nicht gleichberechtigt gewährleistet, bzw. oft gar faktisch verhindert. Die Studie hat denn auch aufgezeigt, dass die Rechtswirklichkeit des Privatrechts mit zahlreichen ökonomischen, psychologischen, kulturellen und anderweitigen Mobilisierungsbarrieren belastet ist.

In diesem Sinne sollte der Kanton Bern auf der Grundlage von Art. 1 lit. d VE-IntG fordern, dass der Bund durch die Schaffung eines wirksamen privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes einen Beitrag dazu leistet, dass «die ausländische Bevölkerung (in der Nutzung ihrer Privatrechte) die gleichen Chancen wie der einheimischen Bevölkerung» gewährt werden.

Im Folgenden werden die zentralen Elemente einer wirkungsvollen privatrechtlichen Antidiskriminierungsrechtlichen Regulierung dargestellt.

1. Elemente einer privatrechtlichen Diskriminierungsschutzgesetzgebung

1.1 Explizite rechtliche Diskriminierungsverbote

Die Verankerung expliziter privatrechtlicher Diskriminierungsverbote ist aus menschen- und grundrechtlicher Perspektive zwar keine zwingende Anforderung, doch weisen die internationalen Menschenrechtsorgane die Schweiz regelmässig auf ihre Defizite im geltenden Recht hin¹⁰⁵⁵. Explizite Diskriminierungsverbote erhöhen nachweislich die selbstverantwortliche Inanspruchnahme des Rechts bei mutmasslichen Diskriminierungsverstössen. Zentral ist dabei die Erhöhung der Informiertheit durch Transparenz und damit auch die Stärkung der Rechtskenntnisse der mutmasslich von Diskriminierung Betroffenen. Gerade Ausländer_innen, die vermehrt als Schweizer_innen Benachteiligungen beim Zugang zu kulturellen Ressourcen (Bildung, Kenntnisse über das Rechtssystem) ausgesetzt sind, sind besonders darauf angewiesen, dass das Recht klar und unmissverständlich formuliert ist.

Ausdrückliche Diskriminierungsverbote führen darüber hinaus zur erhöhten Sensibilität der mutmasslich diskriminierenden Akteure. Gerade im Bereich der Diskriminierung ist es noch keine Selbstverständlichkeit, dass diese als rechtlich unzulässig begriffen werden. Unternehmer_innen sind oft der Auffassung, dass die Privatautonomie (bzw. die Vertragsfreiheit als deren Teilgehalt) dem im Diskriminierungsschutzrecht immanenten Gleichheits- und Würdeschutz vorrangig ist. Die ausdrückliche Verankerung von Diskriminierungsverboten hätte hier den Vorteil, dass auf transparente Art und Weise die sensiblen Interessen zwischen den Privatrechtssubjekten gegeneinander abgewogen werden könnten und damit präventiv der Diskriminierung entgegengetreten werden kann.

1.2 Diskriminierungsverbote ohne Hierarchie

Zwar beschränkt sich der Geltungsbereich des Integrationsgesetzes auf den Schutz vor ein- oder mehrdimensionaler ethnisch-kultureller Diskriminierung. Aus integrationspolitischer Perspektive zeigt sich jedoch, dass Ausländer_innen aufgrund ihrer sozialen Stellung, einer Behinderung, ihrer sexuellen Orientierung oder aufgrund ihres Alters spezifischen Integrationsherausforderungen ausgesetzt sind. Daher lässt sich aus integrationspolitischer Perspektive auch der Ansatz vertreten, dass neben ethnisch-kulturellen Diskriminierungen auch Diskriminierungen wegen einer Behinderung, des Alters, der sozialen Stellung, des Geschlechts oder anderweitigen Diskriminierungsdimensionen, unter Einschluss der mehrdimensionalen Diskriminierung privatrechtlich untersagt werden sollen. Nach der vorliegenden Auffassung ist im Sinne einer grund- und menschenrechtlich fundierten sowie kohärenten Gesetzgebung eine hierarchiefreie Perspektive des privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes die adäquate Lösung.

¹⁰⁵⁵ Vgl. hierzu vorne, a.a.O.

Aus integrationspolitischer Perspektive zentral ist weiter, dass gerade die besonders marginalisierten Gruppen, so etwa Frauen mit bestimmtem ethnischen Hintergrund, hinsichtlich der Rechtskenntnisse und der Mobilisierung des Rechts stark benachteiligt sind, und dadurch das geltende Privatrecht noch weniger mobilisieren können. Eine hierarchiefreie Ausrichtung privatrechtlicher Diskriminierungsverbote würde auch die Mehrdimensionalität des Diskriminierungsschutzes stärken und damit den Fokus auf besonders diskriminierte Intersektionen ausrichten.

Dies bedeutet konkret: privatrechtliche Diskriminierungsverbote dürfen keine Hierarchisierung betreffend die verschiedenen Diskriminierungsmerkmale vornehmen. Ebenso wenig dürfen sie eine Hierarchisierung zwischen den verschiedenen Lebensbereichen realisieren. Beide Vorgaben ergeben sich vorwiegend aus gerechtigkeitsphilosophischer Ausrichtung. Diskriminierung ist ein Angriff auf die Menschenwürde, die Gleichheit und Autonomie. Da die Menschenwürde an sich schützenswert ist, kann sie auch nicht einer inneren Hierarchisierung unterworfen werden. Eine Würdeverletzung aufgrund einer Diskriminierung wegen einer Behinderung ist genauso eine Würdeverletzung wie eine rassistische Diskriminierung. Ebenso ist eine Würdeverletzung im Bereich des Erwerbslebens ebenso relevant wie eine Würdeverletzung im Wohn- oder anderen Lebensbereichen.

1.3 Diskriminierungsverbote als Dominanzverbote und Herabwürdigungsverbote

In Anlehnung an die Schweizer Juristin SUSAN EMMENEGGER, die beiden Deutschen feministischen Rechtswissenschaftlerinnen UTE SACKSOFSKY und SUSANNE BAER und an die US-amerikanische Feministin CATHERINE MACKINNON ist das Antidiskriminierungsrecht primär als Recht gegen asymmetrische Machtverhältnisse zu betrachten. Dies ermöglicht, das Privatrecht aus einer antihierarchischen Perspektive zu denken und den Blick weg vom Opfer auf die Ungleichheiten als Verhältnisse zu richten und damit auch die Täter_innen zu erfassen. Dieser Ansatz ermöglicht, den Blick auch auf die strukturellen Asymmetrien des Privatrechts zu richten.

Darüber hinaus ist aus liberaler Perspektive das Diskriminierungsverbot sekundär auch als Herabsetzungsverbot zu verstehen, das konkret auch ermöglicht, Menschen, die aufgrund tatsächlicher oder zugeschriebener Persönlichkeitsmerkmale benachteiligt werden, die aber aus historischer Perspektive grundsätzlich in der machtvolleren Position stehen, dennoch vor Benachteiligungen zu schützen. Zentral ist dieser Perspektivenwechsel etwa dann, wenn Ungleichheiten als im individuellen Vorfall willkürliche Benachteiligungen qualifiziert werden müssen.

Aus integrationspolitischer Perspektive im Zentrum steht eindeutig das Hierarchisierungs- bzw. Dominanzverbot. Letztlich ist es nämlich die strukturelle Dominanz eines Systems bzw. die strukturelle Ohnmachtposition von Ausländer_innen, die entscheidende Hintergrationshindernisse darstellen. Wer dominiert wird, kann sich schwerlich integrieren. Wer sich dominiert fühlt, hat es weitaus schwieriger,

die für die Integration notwendige Antriebskraft zu mobilisieren. Der privatrechtliche Diskriminierungsschutz erweist hier ebenso wie der Diskriminierungsschutz als Ganzer als eine wichtige Bereicherung für das integrationspolitische Motto des « Förderns und Forderns ». In diesem Sinne liest sich auch der Zweck des Integrationsgesetzes, « der ausländischen Bevölkerung die gleichen Chancen wie der einheimischen Bevölkerung zu ermöglichen » (Art. 1 lit. d), so mittels privatrechtlicher Hilfeleistungen « Diskriminierungen aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft zu verhindern und zu beseitigen » (Art. 1 lit. g).

1.4 Verhältnismässigkeitsgrundsatz als zentrales Element der Güterabwägung

In der Diskussion um den privatrechtlichen Diskriminierungsschutz werden oft die besonderen Verhältnisse zwischen Privaten herangezogen, die es nicht rechtfertigen würden, Diskriminierung immer dann als rechtswidrig zu betrachten, wo die Ungleichbehandlung nicht verhältnismässig ist. Der für den Staat geltende Verhältnismässigkeitsgrundsatz bzw. der Grundsatz der überwiegenden öffentlichen Interessen lassen sich sowohl aus rechtlicher als auch aus theoretischer Perspektive nicht pauschal auf das Verhältnis zwischen Privaten übertragen. Aus Sicht der Grund- und Menschenrechte seien sowohl die Freiheit der wirtschaftlichen Entfaltung und insbesondere das Recht auf Privatsphäre und persönliche Freiheit zu beachten. Würde man jeweils verlangen, das am wenigsten schwerwiegende Mittel zu verwenden, käme dies einer kaum zumutbaren Belastung insbesondere von Kleinunternehmern gleich.

Diese Argumentation basiert auf einer falschen Überlegung. Der Verhältnismässigkeitsgrundsatz ist ja gerade so konzipiert, dass er die jeweiligen spezifischen Verhältnisse berücksichtigt. Die Problematik lässt sich ebenfalls im Zusammenhang mit angemessenen Vorkehrungen illustrieren.

Beispielsweise liesse sich auf der Basis einer Sachlichkeitsprüfung jeweils relativ einfach begründen, weshalb eine angemessene Vorkehrung nicht zu treffen ist: So könnte etwa ein Restaurant sagen, man sei aufgrund kurzfristigem Personalmangel nicht in der Lage gewesen, beim Metzger Schweinefleisch zu reservieren oder aufgrund hektischer Zustände, einer blinden Person die Speisekarte zu präsentieren. Dies mag zwar durchaus sachlich begründet sein, hingegen muss zumindest die Möglichkeit einer Prüfung der Angemessenheit möglich sein, auch wenn dies letztlich zum selben Ergebnis führen kann.

1.5 Wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen

Das Konzept der « wirksamen, verhältnismässigen und abschreckenden » Sanktionen stammt auch dem EU-Gemeinschaftsrecht (neu: Unionsrecht)¹⁰⁵⁶. Die Anforderungen sind mittlerweile Bestandteil des all-

¹⁰⁵⁶ Art. 15 der Richtlinie 2000/43/EG; Art. 17 der Richtlinie 2000/78/EG; Art. 1 Nr. 7 der Richtlinie 2002/43/EG; Art. 14 der Richtlinie 2004/113/EG.

gemeinen EG-Rechts, also auch ausserhalb des Diskriminierungsschutzes¹⁰⁵⁷. Wo ein Recht ist, muss auch ein Rechtsbehelf sein (« Where there is a right there must be a remedy ») ist mittlerweile ein im System der EG-Verträge verankertes Prinzip¹⁰⁵⁸, das mithin massgeblich auf die Rechtswirklichkeit Rücksicht nimmt. Sie gelten nicht nur für Gerichtsverfahren, sondern auch bereits für Schlichtungsverfahren, sofern diese im nationalen Recht vorgesehen sind¹⁰⁵⁹.

Bereits in den siebziger Jahren verlangte die Geschlechtergleichheitsrichtlinie 76/207/EG ein Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf¹⁰⁶⁰. Der Europäische Gerichtshof hielt basierend auf den Zweck und Art. 6 der Richtlinie fest, dass « [i]t is impossible to establish real equality of opportunity without an appropriate system of sanctions » und dass Diskriminierungsopfer « have rights of which they may avail themselves before the courts »¹⁰⁶¹. Die EU-Mitgliedstaaten seien verpflichtet « [to adopt] all the measures necessary to ensure that the directive is fully effective, in accordance with the objective it pursues ».

Vorwiegender Schlusspunkt sind die Durchsetzungsregelungen in der Rassendiskriminierungsrichtlinie, der Beschäftigungsrahmenrichtlinie, der Geschlechtergleichstellungsrichtlinie und der Güter- und Dienstleistungsrichtlinie. Sie umfassen ein Recht auf Rechtsbehelf¹⁰⁶² und die Pflicht, wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen zu erlassen. Im Grundsatz bedeutet dies, dass die Sanktionen in einem angemessenen Verhältnis zur angerichteten materiellen oder ideellen Verletzung stehen und als Abschreckung gegen derartige Verhaltensweisen dienen müssen¹⁰⁶³. Dabei ist der Begriff der Sanktionen missverständlich, umfasst dieser doch nicht nur strafrechtlichen, sondern eben auch zivilrechtliche und administrative Massnahmen¹⁰⁶⁴. In der Literatur umstritten ist, ob die Massnahmen im Rahmen eines Gerichtsverfahrens durchsetzbar sein müssen oder ob ein Administrativverfahren genügt¹⁰⁶⁵.

Die Anforderungen eines « wirksamen, abschreckenden und verhältnismässigen » Sanktionsapparates passt gut in das integrationspolitische Konzept des Kantons Bern. So ist ein zentraler Zweck des Integra-

¹⁰⁵⁷ PRECHAL, S. 89ff.

¹⁰⁵⁸ VAN GERVEN, S. 521.

¹⁰⁵⁹ VALERO, Rn. 34.

¹⁰⁶⁰ TOBLER, Remedies, S. 8.

¹⁰⁶¹ VAN COLSON/KAMANN, Randnr. 22.

¹⁰⁶² TOBLER, Remedies, Siehe Fn. 88ff., Art. 7 2000/43/EG und Art. 9 2000/78/EG.

¹⁰⁶³ Ähnlich PÄRLI, Gleichbehandlung, N 1239, S. 476.

¹⁰⁶⁴ TOBLER, Remedies, Siehe Fussnoten 88ff.

¹⁰⁶⁵ MOON, S. 2, und TURNER, S. 2, sind der Auffassung, dass die EU-Mitgliedstaaten die Wahl zwischen gerichtlichen oder administrativen Verfahren haben; TOBLER, Remedies, Fn. 91ff., ist der Meinung, dass in jedem Fall ein Gerichtsverfahren zur Verfügung stehen muss, sie begründet dies mit dem bestehenden Recht auf gerichtlichen Rechtsbehelf im allgemeinen EG-Recht und in Art. 6 EMRK.

tionsgesetzes die Verhinderung von ethnisch-kultureller Diskriminierung. Dies ist nur dann erfolgreich, wenn auch wirksame und abschreckende Sanktionen formuliert werden. Darüber hinaus avisiert das Integrationsgesetz die Beseitigung von ethnisch-kultureller Diskriminierung. Auch dies setzt die Wirksamkeit von Sanktionen voraus. Zudem stellt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit sicher, dass die Sanktionen die Grund- und Menschenrechte der diskriminierenden Seite ebenso berücksichtigen.

a. Wirksamkeit

Das EU-Antidiskriminierungsrecht sieht keine spezifische Form von Sanktionen vor¹⁰⁶⁶. Sowohl die Materialien als auch der EuGH lassen den Staaten offen, welche Sanktionen sie in welcher Konstellation vorsehen¹⁰⁶⁷. Dies ist wesentlich auch darauf zurückzuführen, dass es schwierig oder gar unmöglich ist, Kriterien zu definieren, die hinsichtlich der drei Voraussetzungen *wirksam*, *verhältnismässig* und *abschreckend* allgemein anwendbar und spezifische genug sind¹⁰⁶⁸. Das einzige allgemein anwendbare Kriterium ist die Entscheidung basierend auf den Umständen des Einzelfalls¹⁰⁶⁹. Wirksamkeit heisst zudem « available »¹⁰⁷⁰. Gemäss Lohnleichheitsrichtlinie von 1975 handelt es sich um Massnahmen, die genügend effektiv sein müssen, um das Ziel der Direktive (Lohnleichheit) zu erreichen¹⁰⁷¹: « More specifically, the Member States are obliged to ensure that those measures ‚may in fact be relied on‘ before the national courts by the persons concerned and that the remedies chosen ‚guarantee real and effective judicial protection »¹⁰⁷².

Eine Präzisierung findet insofern statt, als der EuGH auf der Basis des allgemeinen EG-Rechts spezifische Rechtsbehelfe entwickelte wie *restitution*¹⁰⁷³, *interim relief*¹⁰⁷⁴, *compensation*¹⁰⁷⁵ or *damages*¹⁰⁷⁶. Dabei ist jedoch unklar, ob diese als abschliessend zu betrachten sind und welches Mittel wann als wirksam bezeichnet wird. Dabei ist nach einem Teil der Lehre jeweils derjenige Rechtsbehelf zu wählen, der

¹⁰⁶⁶ VAN COLSON/KAMANN, Rn. 18.

¹⁰⁶⁷ AFILALO.

¹⁰⁶⁸ PRECHAL, 2005, S. 177; TOBLER, Remedies, Fn. 58ff.

¹⁰⁶⁹ TOBLER, Remedies, Fn. 58ff.

¹⁰⁷⁰ TOBLER, Remedies, Fn. 58ff.

¹⁰⁷¹ VAN COLSON/KAMANN, Randnr. 18ff.

¹⁰⁷² VAN COLSON/KAMANN, Randnr. 18ff.

¹⁰⁷³ C-188/95 *Fantaks A/S und andere gegen Industriministeriet (Erhvervsministeriet)* 1997 ECR I-6783, Rn. 35ff.

¹⁰⁷⁴ C-213/89 *R v Secretary of State for Transport, ex parte Factormane (Factormane I)* 1990 ECR I-2433.

¹⁰⁷⁵ VAN GERVEN, 2000, S. 503ff.; DERS., 2004, S. 266; WARD, 2000:23.

¹⁰⁷⁶ TOBLER, Remedies, Fn. 95ff.

das im spezifischen Kontext gewünschte Ergebnis erreicht¹⁰⁷⁷, nämlich bestehende Diskriminierung zu beseitigen und die nicht mehr beseitigbare Diskriminierung gut zu machen. Im Falle einer diskriminierenden Anstellungsverweigerung sieht der EuGH exemplarisch die Anforderung an den Arbeitgeber, der diskriminierten Person eine andere Stelle anzubieten, oder dem Kandidaten eine angemessenen finanzielle Kompensation zuzusprechen – falls notwendig verstärkt mit einer Bestrafung, als mögliche Massnahmen an¹⁰⁷⁸.

Strafen stehen im Rahmen der Geschlechtergleichstellungsrichtlinie eher im Hintergrund und sind ergänzender Natur. Bei rassendiskriminierenden Äusserungen bedarf es gerade aufgrund der RDK in jedem Fall eine strafrechtliche Sanktionierung¹⁰⁷⁹. Zudem ist die Meinung zu unterstützen, dass strafrechtliche Massnahmen gerade bei schwerwiegenden Formen von Diskriminierung notwendig sind, damit Sanktionen wirksam, verhältnismässig und abschreckend sind¹⁰⁸⁰. Strafrechtliche Sanktionen alleine sind jedoch nicht genügend, wenn eine spezifische Person davon betroffen ist, da ein Rechtsbehelf notwendig ist¹⁰⁸¹. Diese alleine genügt jedoch nicht. Eine diskriminierende Kündigung muss entweder die Wiedereinstellungsmöglichkeit oder die finanzielle Wiedergutmachung vorsehen¹⁰⁸².

Für die Wirksamkeit entscheidend ist damit jeweils die Wirkung auf die diskriminierte Person bzw. die damit logisch verbundene Konsequenz. Droht eine Diskriminierung, hat sie aber noch nicht stattgefunden, bedarf es präventiver Sanktionen. Hat sie stattgefunden und kann sie rückgängig gemacht werden, steht die Beseitigung der Diskriminierung bzw. die Wiederherstellung des nichtdiskriminierenden Zustandes im Vordergrund. Ebenso kann eine bereits erfolgte Diskriminierung durch eine Form der Wiedergutmachung wirksam sanktioniert werden.

b. Abschreckende Wirkung

Abschreckend heisst, dass « [remedies] must have a real and deterrent effect on the employer»¹⁰⁸³, insbesondere auf künftige Handlungen¹⁰⁸⁴. Dabei ist in Erwägung zu ziehen, was Diskriminierer und potenzielle Diskriminierer am wenigsten verlieren möchten – zum Beispiel Geld, Ansehen und Geschäftsmöglich-

¹⁰⁷⁷ COHEN, 2004, S. 19.

¹⁰⁷⁸ Van Colson and Kamann, Randnr. 18.

¹⁰⁷⁹ Art. 5 RDK; NAGUIB, Anstellungsverweigerung; TOBLER, Remedies, Fn. 94.

¹⁰⁸⁰ Vgl. WAALDIJK/BONINI-BARALDI, S. 586; MOON, 2004, S. 3.

¹⁰⁸¹ TOBLER, Remedies, Fn. 99

¹⁰⁸² MARSHALL II, Rn. 25.

¹⁰⁸³ VAN COLSON/KAMANN.

¹⁰⁸⁴ COHEN, 2004, S. 19.

keiten¹⁰⁸⁵. Zentral sind sie allenfalls im Zusammenhang mit der Abschreckung¹⁰⁸⁶. Von besonderer Bedeutung für die Abschreckung ist der Strafschadenersatz, der auch einen prospektiven Charakter aufweist¹⁰⁸⁷.

c. Verhältnismässigkeit

Verhältnismässigkeit setzt voraus, dass bei einer Kompensation « it must in any event be adequate in relation to the damage sustained »¹⁰⁸⁸. Nach COHEN müssen sie « adequately reflect the gravity, nature and extent of the loss and/or harm »¹⁰⁸⁹. Die Anforderung der Verhältnismässigkeit bedeutet, dass im Falle einer mehrdimensionalen Diskriminierung die entsprechende Zunahme der Schwere sich auch in der Rechtsfolge widerspiegeln muss¹⁰⁹⁰. Beispielsweise wird – m.E. nicht zutreffend – die Auffassung vertreten, dass mehrdimensionale Diskriminierung härtere Strafen nach sich ziehen sollen als Singulardiskriminierung¹⁰⁹¹.

Diese Voraussetzungen müssen nach dem EuGH « auch dann, wenn es kein identifizierbares Opfer gibt, die Sanktionen, die bei einem Verstoss gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie zu verhängen sind » erfüllt werden¹⁰⁹². Den Mitgliedstaaten bleibe dabei die Wahl zwischen verschiedenen Lösungen: Sanktionen können z.B. darin bestehen, dass das Gericht oder die zuständige Verwaltungsbehörde die Diskriminierung feststellt und mit einer Anordnung einer adäquaten Veröffentlichung verbindet. Sie können auch darin bestehen, dass dem Arbeitgeber nach den entsprechenden Vorschriften im nationalen Recht aufgegeben werde, die festgestellte diskriminierende Praxis zu unterlassen, gegebenenfalls verbunden mit einem Zwangsgeld. Eine andere Möglichkeit besteht in der Anordnung, die festgestellte diskriminierende Praxis zu unterlassen oder in der Zusprechung eines Schadenersatzes an die das Verfahren bestreitende Organisation¹⁰⁹³.

Bezüglich Form der Sanktion gibt es in den neuen Antidiskriminierungsrichtlinien keine Spezifizierung. In der Lehre mehrheitlich unbestritten ist, dass im Rahmen von Schadenersatz *Damnum emergens*, luc-

¹⁰⁸⁵ COHEN, 2004, S. 19; In den Worten LAPPALAINENS, S. 28: « The more discrimination costs, the more diversity pays ».

¹⁰⁸⁶ MOON, 2004, S. 3.

¹⁰⁸⁷ O'DEMPSEY 2004, S. 13; TOBLER, Remedies, Fn. 95ff.

¹⁰⁸⁸ VAN COLSON/KAMANN.

¹⁰⁸⁹ COHEN, 2004, S. 19.

¹⁰⁹⁰ TOBLER, Remedies, Fn. 94.

¹⁰⁹¹ TOBLER, Remedies, Fn. 94.

¹⁰⁹² Feryn NV, Randnr. 41 Ziff. 3.

¹⁰⁹³ NAGUIB, Anstellungsverweigerung, S. 1246.

rum cessans und entgangener Gewinn mitumfasst wird¹⁰⁹⁴. TOBLER vertritt zudem die Auffassung, dass daneben auch andere Formen von Entschädigung wie z.B. eine Entschuldigung oder eine Anerkennung des Diskriminierungsvorfalles angemessen sein können¹⁰⁹⁵. Bei der Entschädigung gibt es finanzielle oder nicht-finanzielle Formen, auch hier solche mit und solche ohne Strafcharakter¹⁰⁹⁶. Kompensationsbeschränkungen gegen oben sind verbreitet, obwohl dies grundsätzlich nicht zulässig ist¹⁰⁹⁷. Zulässig ist eine Beschränkung dort, wo im Rahmen eines Rekrutierungsverfahrens eine diskriminierende Vorselektion stattgefunden hat, ohne die Bewerbung überhaupt zu prüfen, und ohnehin nie eine Chance bestanden hätte, dass die Person in Betracht gezogen wird¹⁰⁹⁸.

1.6 Niedrigschwelligkeit der Durchsetzung

Wie bereits einführend erwähnt, ist ein wesentlicher Kern einer integrationspolitisch wirksamen privatrechtlichen Diskriminierungsschutzgebung die Gewährleistung (chancengleicher) Mobilisierung des Rechts bei (mutmasslichen) Verstössen gegen das Privatrecht. Im Zentrum steht hier die Frage der (chancengleichen) Niederschwelligkeit des Rechtsweges bzw. der wirksame Zugang zum Rechtsverfahren (auch: « equal Access zu Justice »). Diese Niederschwelligkeit des Rechtsweges ist der entscheidende Faktor, damit das Durchsetzungspotential des Rechts durch die betroffenen Rechtsunterworfenen bestmöglichst in die Praxis umgesetzt werden kann. Die praktische Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts ist somit ebenso wie das Diskriminierungsverbot Teil des Gerechtigkeitserfordernisses.

Der Grundsatz der Niederschwelligkeit lässt sich zusätzlich ebenso aus den grund- und menschenrechtlichen Vorgaben herleiten. Ein Beispiel dafür ist Art. 6 der Antirassismuskonvention, der von den Vertragsstaaten fordert, dass sie « jeder Person in ihrem Hoheitsbereich einen wirksamen Schutz und wirksame Rechtsbehelfe durch die zuständigen nationalen Gerichte und sonstigen staatlichen Einrichtungen » gewährleisten. Wirksamer Schutz ist nur dann sichergestellt, wenn der Rechtsweg – wiederum im Sinne des theoretisch möglichen – beschritten werden kann, d.h. wenn dieser möglichst niederschwellig ausgestaltet wird.

¹⁰⁹⁴ TOBLER, Remedies, Fn. 95ff.; im allgemeinen EG-Recht von Interesse sind die Fälle Kampffmeier und andere gegen die Kommission (zusammengefasst Fälle 5/66, 7/66 und 13/66 bis 24/66); vgl. zudem betreffend entgangener Gewinn Marshall II, Randnr. 31 und Marshall II Generalanwalt, Randnr. 18.

¹⁰⁹⁵ TOBLER, Remedies, Fn. 102ff.

¹⁰⁹⁶ Strafschadenersatz sieht das Recht in Zypern, Irland und im Vereinigten Königreich vor, beschränkt auf die Rassendiskriminierungs- und die Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie.

¹⁰⁹⁷ Marshall II, Randnr. 26, 30.

¹⁰⁹⁸ Fall C-180/95 Nils Draehmpaehl v Urania Immobilienservice OHG [1997] ECR-2195; Vgl. dazu WARD, S. 71. Die Regelung wurde in der revidierten zweiten Geschlechtergleichstellungsrichtlinie in Art. 6 Abs. 2 übernommen.

Historisch betrachtet sind Diskriminierungsverbote stets von spezifischen Durchsetzungsinstrumenten flankiert werden. Dies wird anhand der jüngsten Entwicklungen im unionsrechtlichen Antidiskriminierungsrecht deutlich. Entscheidend ist die empirische Beobachtung, dass das Recht im Allgemeinen und das Antidiskriminierungsrecht im Besonderen nicht automatisch durch die zuständigen Akteure – insbesondere die von Diskriminierung Betroffenen – mobilisiert wird. Effektiv ist es nur dann, wenn es auch niederschwellig ist.

Folgende Instrumente fördern den niedrigschwelligen Zugang zum Recht:

- In Untersuchungen des geltenden schweizerischen Antidiskriminierungsrechts wird regelmässig darauf hingewiesen, dass dort, wo keine entsprechenden flankierenden Instrumente zur Erleichterung des Rechtsweges vorgesehen sind, die Mobilisierungskraft in der Regel am geringsten ist.
- Zum andern haben die empirischen Daten aus dem In- und Ausland nachgewiesen, dass verschiedene Durchsetzungsinstrumente dazu beitragen, das Antidiskriminierungsrecht insgesamt besser zu mobilisieren. Dazu gehören:
 - die Beweislasterleichterung,
 - die Unentgeltlichkeit,
 - informelle Schlichtungsmechanismen,
 - die Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände,
 - das Verbandsklagerecht,
 - die Behördenklage, und
 - die Untersuchung von Amtes wegen.

Aus der Perspektive der Effizienz lassen sich darin zumindest keine nachteiligen d.h. ineffizienten Effekte erkennen. Zwar kann argumentiert werden, dass sich bei verstärkter Durchsetzung des Antidiskriminierungsrechts auch die Kosten erhöhen; dies zumindest soweit die ohnehin bestehenden Diskriminierungsverbote den Rechtsbruch nicht verhindern können. Andererseits hat sich herausgestellt, dass Diskriminierungsverbote insgesamt nicht ineffizient sind und es angesichts dieser Ausgangslage am effizientesten ist, wenn der Normbruch möglichst konsequent sanktioniert wird, damit die potentiellen Normbrecher sich möglichst effizient darauf ausrichten.

1.7 Empowerment durch Beratungsstrukturen

Die Mobilisierung des Rechts hängt nicht nur von der Niederschwelligkeit des Rechtsweges ab, sondern liegt auch massgeblich von den psychischen und kulturellen Ressourcen der von Diskriminierung Betroffenen ab. So zeigt sich insbesondere bei von Diskriminierung Betroffenen, dass es ihnen oft an Informiertheit, Kraft und Sicherheit fehlt, den grundsätzliche mühsamen Rechtsweg zu beschreiten. Die Notwendigkeit der Information einerseits sowie der psychischen Entlastung bzw. Empowerments ist denn auch empirisch nachgewiesen. Womit auch hier aus grund- und menschenrechtlicher, aus gerechtigkeitsphilosophischer Perspektive und aus der Perspektive der Effizienz ein Empowerment, soweit es nicht in die Autonomie der Betroffenen eingreift, gefordert ist.

Die Untersuchungen haben gezeigt, dass insbesondere die Unterstützung durch Beratungsstrukturen massgeblicher Faktor für ein Empowerment der Betroffenen ist. Professionelle, transmethodische und niederschwellige Beratungsarbeit ist Voraussetzung dafür, dass die von Diskriminierung Betroffenen den Rechtsweg überhaupt erkennen, ihn als Chance begreifen und die mit ihm einhergehenden Belastungen relativieren und dadurch bereit sind, ihn zu beschreiten. Das Empowerment lässt sich zusätzlich durch die Einreichung einer Verbandsklage bzw. -beschwerde intensivieren.

Die Untersuchungen haben auch gezeigt, dass private Antidiskriminierungsarbeit keinen oder nur einen geringen Marktwert aufweist. Antidiskriminierungsarbeit unterstützt die Schwächsten der Gesellschaft, die oft über keine oder nur wenig finanzielle Ressourcen verfügen. Die ressourcenkräftigen Akteure wiederum haben kein oder nur ein schwaches Interesse daran, Strukturen zu finanzieren, da man damit mit Ausnahme eines noch zu stark unterbewerteten Imagegewinnes wenig Geld machen kann. Zudem sehen sich die potentiellen marktlichen Finanzgeber_innen oft eher als Opfer einer Antidiskriminierungspolitik.

Dies hat zur Folge, dass eine theoretisch fundierte Antidiskriminierungsgesetzgebung die Finanzierung von Beratungsstrukturen vorsehen muss. Zwar kann dies aus menschenrechtlicher Perspektive nicht zwingend gefordert werden, da damit die Ebene der Leistungspflichten betroffen ist. Hingegen läuft eine Antidiskriminierungsgesetzgebung faktisch ins Leere, wenn sich nicht Empowermentstrukturen bereit stellt. Zudem ermöglicht die staatliche Finanzierung die Einflussnahme des Staates auf die Professionalität der entsprechenden Beratungsstrukturen. Dies ist wiederum Voraussetzung für eine gerechte, effektive und effiziente Antidiskriminierungsarbeit. Schliesslich ist es angezeigt, die entsprechenden Stellen mit einem Verbandsklagerecht auszugestalten, wobei auch hier wiederum eine staatliche Metaführung die Professionalität im Umgang mit dem neuen Machtmittel indirekt stärken wird.

Abschliessend bleibt noch zu erwähnen, dass Beratungsstellen zugänglich ausgestaltet werden müssen. Regel ist, dass sich Beratungsstellen vorwiegend an die am wenigsten unterprivilegierten Personen ausrichten bzw. sich ausschliesslich auf ganz bestimmte Personengruppen beschränken (z.B. Schwarze, Tür-

ken). Beispielsweise finden bildungsferne Schichten, Menschen mit Behinderung, ältere Menschen, Kindern und Jugendliche und Frauen vielfach relativ schlecht Zugang zu Beratungsstellen. Es ist daher darauf zu achten, dass eine Antidiskriminierungsgesetzgebung möglichst diskriminierungsschutzsensibel ausgestaltet wird, indem es etwa über Qualitätskriterien den benachteiligungsfreien Zugang zu Beratungsstellen fordert bzw. die Subventionierung davon abhängig macht.

2. Umsetzungsanregungen aus Deutschland und Grossbritannien

2.1 Deutschland: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG

Nach grossen politische Widerständen¹⁰⁹⁹ trat am 18. August 2006 das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) in Kraft¹¹⁰⁰. Das Gesetz untersagt die Benachteiligungen « aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ». Das AGG dient der Umsetzung von vier EG-Antidiskriminierungsrichtlinien¹¹⁰¹ und gliedert sich in sieben Abschnitte¹¹⁰². Der Anwendungsbereich des AGG erstreckt sich auf das Erwerbsleben, den Sozialschutz, die Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschliesslich von Wohnraum (§ 2).

Das AGG ist für Deutsche Verhältnisse sowohl in materieller als auch formeller Hinsicht ein « exotisches » Gesetz. Zum einen regelt es eine Materie, die bis anhin mit Ausnahme des Verbotes der Diskriminierung wegen des Geschlechts im BGB¹¹⁰³ und des Diskriminierungsverbotes wegen Schwerbehinderung im SGB IX¹¹⁰⁴ keine Regulierungstradition hatte¹¹⁰⁵. Auch gab und gibt es im Arbeitsrecht eine Rei-

¹⁰⁹⁹ Vgl. eine Übersicht zur heftigen Kritik aus Wirtschaftskreisen am ersten Deutschen Gesetzesentwurf in BIELEFELD/FOLLMAR, Diskriminierungsschutz ; vgl. zudem die differenzierte Auseinandersetzung mit der Debatte in BAER, ZRP 2002, S. 290ff. ; NEUNER, JZ 2003, S. 57 ; WIEDEMANN/THÜSING, DB 2002, S. 463ff. ; WÖLFL, ZRP 2003, S. 297 ; vgl. zudem die Beiträge der Kritiker ADOEMEIT, NJW 2002, S. 1622 ; DERS., NJW 2003, S. 1162 ; DERS., HFR 8/2008, S. 92ff. ; ARMBRÜSTER, HFR 7/2005, S. 103ff. ; SÄCKER, ZRP 2002, S. 286ff. ; BRAUN, JuS 2002, S. 424ff. ; REGEN, S. 11f. ; LOBINGER, S. 99ff. ; HENSE, S. 181ff. ; ISENSEE, S. 239ff.

¹¹⁰⁰ Zur Entstehungsgeschichte vgl. DÄUBLER, Das AGG – Ein Überblick, in : Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Handkommentar.

¹¹⁰¹ 2000/43/EG (Antirassismusrichtlinie), 2000/78/EG (Beschäftigungsrahmenrichtlinie, 2002/73/EG (Gender-Richtlinie) ; 2004/113/EG (Gender-Richtlinie Zivilrecht) ; zu den Richtlinien s. vorne, a.a.O.

¹¹⁰² Abschnitte 1 – Allgemeiner Teil (§§ 1-5), 2 – Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung (§§ 6-18), 3 – Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr (§§ 19-21), 4 – Rechtsschutz (§§ 22, 23), 5 – Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse (§ 24), 6 – Antidiskriminierungsstelle (§§ 25-30) und 7 – Schlussvorschriften (§§ 31-33).

¹¹⁰³ § 611a. Vgl. dazu unter vielen RAASCH, ZESAR 2005, S. 209.

¹¹⁰⁴ § 81 Abs. 2 Satz 1. Vgl. dazu auch DÄUBLER, Einleitung, Rn. 41ff.

he von Vorschriften¹¹⁰⁶, die Benachteiligungen aufgrund einzelner Diskriminierungsmerkmale verbieten; das Zivilrecht betreffend existierten vor Inkrafttreten des AGG hingegen nur Überlegungen in der Literatur sowie einzelnen gerichtlichen Entscheidungen auf der Basis von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln¹¹⁰⁷. Zum Anderen wird entgegen einer von Kodifikationen geprägten Rechtskultur ein die unterschiedlichen Rechtsgebiete übergreifendes Spezialgesetz geschaffen¹¹⁰⁸. So betritt insbesondere der arbeitsrechtliche Abschnitt sowohl das Territorium des Privatrechts als auch dasjenige des öffentlichen Rechts.

Das AGG ist daher trotz vieler Unterschiede¹¹⁰⁹ in der Rechtskultur ein interessantes Vergleichsmodell für die Schweiz. Denn auch die schweizerische Rechtsordnung ist geprägt vom System der Kodifikationen. Und ebenso wie in Deutschland bedarf es gerade im Zivilrecht des Rückgriffes auf unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln innerhalb des Privat- und Ordnungsrechts. Daher können die Entwicklungen in der Rechtswirklichkeit nach dem Paradigmenwechsel in Deutschland Dynamiken aufzeigen, die aufgrund der relativen Vergleichbarkeit der Rechtssysteme potentieller Indikator für entsprechende Dynamiken in der Schweiz sein können. Interessant sind insbesondere allfällige Veränderungen in Deutschland bei der Befolgung und Inanspruchnahme des Rechts vor und nach Inkrafttreten¹¹¹⁰. So können etwa aus Veränderungen in den Anzahl Fällen, die auf dem Rechtsweg ausgetragen werden, im An-

¹¹⁰⁵ So bezeichnet etwa WANK, 600, den « Umschlag von der mittelbaren in die unmittelbare Drittwirkung der Diskriminierungsverbot » als qualitativ neu.

¹¹⁰⁶ Seit 1980 existiert das in § 611a BGB geregelte Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts im Arbeitsrecht (vgl. dazu etwa RAASCH, ZESAR 2005, S. 209, Fn 4) ; ebenfalls sieht § 81 Abs. 2 Satz 1 STB IX ein Diskriminierungsverbot zugunsten von Schwerbehinderten vor ((vgl. dazu DÄUBLER, Rn 41ff.) ; weiter haben nach § 75 Abs. 1 BetrVG Arbeitgeber und Betriebsrat « darüber zu achten, dass alle im Betriebe tätigen Personen nach Recht und Billigkeit behandelt werden, insbesondere dass jede unterschiedliche Behandlung von Personen wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, (...) oder wegen ihre Geschlechts unterbleibt » (vgl. dazu NICKEL, Gleichheit und Differenz, S. 122ff. ; SCHIEK, Gerechtigkeit, S. 116f.) ; aus dem Versicherungsaufsichtsgesetz bekannt ist zudem das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Nationalität und der ethnischen Zugehörigkeit (Vgl. dazu SCHIEK, Gerechtigkeit, S. 204ff.).

¹¹⁰⁷ DÄUBLER, Rn. 31.

¹¹⁰⁸ Diese Aussage ist insofern zu relativieren als dass sowohl in Deutschland als auch in der Schweiz bereits seit den 90er-Jahren mit spezifischen Diskriminierungsverboten in Spezialgesetzen, welche Diskriminierung im Verhältnis von Privaten sowohl privat-, ordnungs- als auch strafrechtliche für rechtswidrig erklären, eine kursorische Stärkung der Privatrechtskodifikationen stattfindet.

¹¹⁰⁹ So ist beispielsweise im Unterschied zu Deutschland die rassendiskriminierende Leistungsverweigerung seit dem 1. Januar 1995 in der Schweiz strafbar (Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB).

¹¹¹⁰ Vgl. dazu auch KLOSE, Wie wirkt Antidiskriminierungsrecht?. Siehe zudem hinten, a.a.O.

zeigeverhalten oder in der Gerichtspraxis Rückschlüsse auf ähnliche mögliche Änderungen bei entsprechender gesetzgeberischer Anpassung gezogen werden¹¹¹¹.

2.2 Grossbritannien: Equality Act 2010

Grossbritannien verfügt über eine im Vergleich zu den anderen europäischen Staaten lange Tradition des Antidiskriminierungsrechts, dessen Fundament in Anlehnung an das US-amerikanische Recht in den 60er- und 70er-Jahren gelegt wurde¹¹¹². Das britische Antidiskriminierungsrecht liegt in der Tradition des liberalen Demokratieverständnisses. Es bezweckt die Reduktion sozioökonomischer Ungleichheiten¹¹¹³ und betrachtet den Kampf gegen Diskriminierung auch als Stärkung der eigenen Position als Global Player in der Weltwirtschaft¹¹¹⁴. In der ersten Generation des Antidiskriminierungsrechts entwickelte es Diskriminierungsverbote, die in der zweiten Generation mittels institutioneller Mechanismen einer Verbesserung der Durchsetzung erfolgte, und im Anschluss daran in der dritten Generation die Entwicklung positiver Massnahmen zur Stärkung der tatsächlichen Gleichstellung förderten. Das aufgrund seiner Zerstückelung komplexe britische Antidiskriminierungsrecht wird durch den Equality Act 2010¹¹¹⁵ zusammengeführt¹¹¹⁶, aktualisiert, gestärkt¹¹¹⁷ und vereinfacht¹¹¹⁸. Die bisherigen Erfahrungen haben gezeigt, dass das geltende Recht zwar zu bedeutenden Fortschritten in der Diskriminierungsbekämpfung führte, Diskriminierung jedoch weiterhin Realität ist und einzelne Felder nur langsam fortschritten. Die Zusammenfüh-

¹¹¹¹ Dabei soll nicht eine Vergleichbarkeit angestrebt werden ; dies würde eine rechtssoziologische Untersuchung der Unterschiede im Umgang mit dem Recht, insbesondere in der Befolgung und Inanspruchnahme des Rechts voraussetzen. Dennoch sind die Gemeinsamkeiten Indiz für ähnliche Entwicklungspotentiale in der Schweiz.

¹¹¹² MACNAIR, Introduction and Background, in: Wadham/ Robinson/ Ruebain/ Uppal (Hrsg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, S. 1-12, 1.02 ff.

¹¹¹³ Vgl. dazu die Präambel des Equality Act 2010, die den Erlass auch als Kraft « of reducing socioeconomic inequalities » bezeichnet.

¹¹¹⁴ « to firmly engage the public sector in delivery of this ambitious agenda (...) to ensure successive generations have the opportunities to realize their potential and improve their position in society, delivering improvements in wealth, wellbeing and ambitions for individual and their families and ensuring a fairer and more equal society » (in: New Opportunities White Paper, Januar 2009 Cm 7533, para. 159). Die Intention ist « to form part of a network of measures designed to produce a more socially mobile, higher-skilled workforce and more successful economy » (Vgl. Wilkinson and Picckett, The Spirit Level: Why more equal societies almost always do better (LANE)).

¹¹¹⁵ Abrufbar unter http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/pdf/ukpga_20100015_en.pdf (Zugriff: 9. Juli 2010).

¹¹¹⁶ Gemäss Explanatory Notes, Ziff. 4, betroffen sind : Equal Pay Act 1970, Sex Discrimination Act 1975, Race Relations Act 1976, Disability Discrimination Act 1995, Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003, Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003, Employment Equality (Age) Regulations 2006, Equality Act 2006, Part 2 ; Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007.

¹¹¹⁷ Siehe Explanatory Notes, Ziff. 10. Die Bereiche, in denen das Antidiskriminierungsrecht gestärkt wird, werden unter Ziff. 12 der Explanatory Notes aufgelistet.

¹¹¹⁸ Breite Informationen dazu finden sich auf www.equalities.gov.uk/equality_bill.aspx (Zugriff: 9. Juli 2010). Siehe zudem www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/ukpga_20100015_en_1 (Zugriff: 9. Juli 2010).

zung ist ebenso Ausfluss der bemerkenswerten Dynamik im Europäischen Gemeinschaftsrecht seit 2000¹¹¹⁹. Damit wird in Grossbritannien nach über 40 Jahren Erfahrung im Antidiskriminierungsrecht auf gesetzestechnischer Ebene ein durchaus beachtlicher Paradigmenwechsel eingeleitet.

Der mit 200 Sektionen (« sections »), wovon fast die Hälfte Ausweitungen und Ausnahmen der Grundregeln darstellen, komplexe Erlass¹¹²⁰, lässt sich hier nicht annähernd darstellen. Im Wesentlichen untersagt der Equality Act 2010 Diskriminierung in den Bereichen Leistungen (« Services »), öffentliche Funktionen (« Public Functions »), Wohnen (« Premises »), Erwerbsleben (« Work »), Ausbildung (« Education ») und Vereinigungen (« Associations »). Vom Diskriminierungsschutz erfasst sind die Dimensionen (« Protected Characteristics ») Alter (« age »), Behinderung (« disability »), soziales Geschlecht (« gender reassignment »), Ehe und zivile Partnerschaft (« marriage and civil partnership »), « Rasse » (« race »), Religion und Glauben (« religion and belief »), biologisches Geschlecht (« sex »), sexuelle Orientierung (« sexual orientation »), Schwangerschaft und Mutterschaft (« pregnancy and maternity »)¹¹²¹. Zu den Kernverpflichtungen des Erlasses gehören die Verbote der direkten Diskriminierung (« direct discrimination »), der indirekten Diskriminierung (« indirect discrimination »), der Belästigung (« harassment ») und die Viktimisierung (« victimization ») sowie die Verpflichtung zum Ergreifen angemessener Vorkehrungen (« reasonable adjustment s»)¹¹²².

Unter den Begriff der Leistungen fallen Güter, Einrichtungen und Dienstleistungen (« goods, facilities and services »)¹¹²³. Vom Schutz ausgenommen ist die Diskriminierung aufgrund eines Alters unter 18 Jahren¹¹²⁴ sowie der Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Ehe oder zivilen Partnerschaft¹¹²⁵. Betreffend

¹¹¹⁹ So wird unter Ziff. 5 und 6 Bezug genommen auf das geltende und sich im Gesetzgebungsverfahren befindenden Europäischen Sekundärrecht zum Schutze vor Diskriminierung.

¹¹²⁰ MACNAIR, Introduction and Background, in: Wadham/ Robinson/ Ruebain/ Uppal (Hrsg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, S. 1-12, 11f.

¹¹²¹ Vgl. dazu KARIM/MAYNARD, Protected characteristics, in: Wadham/ Robinson/ Ruebain/ Uppal (Hrsg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, S. 13-30.

¹¹²² Vgl. dazu UCCELLARI, Core Rights and Duties, in: Wadham/ Robinson/ Ruebain/ Uppal (Hrsg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, S. 31-77.

¹¹²³ Darunter fallen beispielhaft Leistungen von Behörden (wie « local councils, government departments and agencies »), Notfalldienstleistungen (« emergency services »), karitativen Einrichtungen (« charities »), Freiwilligenorganisationen (« voluntary organizations »), Hotels (« hotels »), Restaurants (« restaurants »), Toiletten (« toilet facilities »), Poststellen (« postoffices »), öffentliche Verkehrsmittel (wie « buses, trains, railway stations, airports, public parks »), Sporteinrichtungen (wie z.B. « sports stadia »), Freizeiteinrichtungen (« leisure centres »), kulturellen Einrichtungen (wie z.B. « theatres, cinemas »), Spitäler und Kliniken (« hospitals and clinics ») (Siehe die vollständige Liste in The (draft) Statutory Code of Practice for services, public functions, and associations, para 11.3).

¹¹²⁴ Die Regierung vertritt die Auffassung, dass der Schutz von Kindern nicht über den Diskriminierungsschutz adäquat gewährleistet werden könne. Vgl. zudem die Auffassung im House of Commons Committee on the Bill: « discrimination law is not an appropriate way to resolve priorities of resource allocation or better ways of using the resources in

Belästigung nicht erfasst sind zudem die Merkmale Religion, Glaube und sexuelle Orientierung, wobei diese in der Regel über das Verbot der direkten Diskriminierung erfasst sind. Spezifische Regelungen beinhaltet der Equality Act 2010 im Bereich Transport, wo das « Secretary of State » berechtigt ist, Regeln zur Zugänglichkeit aufzustellen¹¹²⁶.

Breit aufgestellt ist der Erlass im Bereich der Beschäftigung. Der Diskriminierungsschutz umfasst sämtliche Phasen des Erwerbslebens (Bewerbung, Rekrutierung, Selektion, Beschäftigung, Arbeitsverhältnis, Beendigung sowie die relevante Phase nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses)¹¹²⁷. Untersagt sind auch hier neben der direkten und indirekten Diskriminierung die Belästigung, die Viktimisierung sowie das Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen.

Die Durchsetzung der Verbote erfolgt über Zivilgerichte (« civil courts », in Schottland: « sheriff courts ») in den Bereichen Leistungen, öffentliche Funktionen, Wohnen und Bildung, Vereinigungen und im Bereich des Erwerbslebens über Arbeitsgerichte (« employment tribunals »). Die vor den Zivilgerichten einklagbaren Rechtsansprüche umfassen die Wiedergutmachung (« compensation ») inklusive für « seelische Unbill » (« injury to feelings »), Unterlassungsanordnungen (« injunctions ») und Feststellungen (« declarations »). Die Arbeitsgerichte haben die Möglichkeit der Wiedergutmachung (inkl. für « seelische Unbill »), der Feststellung (« declaration ») und/oder der Empfehlungen (« recommendations »).

Im Verfahren gilt eine Beweisführungserleichterung: der Kläger hat aufgrund der Darlegung der Fakten die Wahrscheinlichkeit mittels Indizien nachzuweisen (Beweislast, Beweismass), im Anschluss daran wechselt die Beweislast auf die beklagte Person über, die belegen muss, dass kein Rechtsbruch vorliegt¹¹²⁸. Ergänzend dazu sieht der Equality Act 2010 eine Erleichterung in der Beschaffung zusätzlicher Informationen vor, die der Beweisführung dienen (« Obtaining Information »). Weiter hat die Gleichheits- und Menschenrechtskommission (« Equality and Human Rights Commission EHCR ») bedeutende

children's services » (vgl. dazu ARDILL, Services, Public Functions, and Transport, in: Wadham/ Robinson/ Ruebain/ Uppal (Hrsg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, S. 79-116, 80).

¹¹²⁵ Hintergrund ist die Tatsache, dass historisch Frauen vorwiegend im Bereich der Beschäftigung Schutz vor Diskriminierung wegen der Ehe benötigten (vgl. dazu ARDILL, Services, Public Functions, and Transport, in: Wadham/ Robinson/ Ruebain/ Uppal (Hrsg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, S. 79-116, 80).

¹¹²⁶ ARDILL, Services, Public Functions, and Transport, in: Wadham/ Robinson/ Ruebain/ Uppal (Hrsg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, S. 55-77, 4.04., 5.107ff.

¹¹²⁷ Vgl. dazu MAYNARD, Employment Rights and Duties, Statutory Office Holders, and Volunteers, in: Wadham/ Robinson/ Ruebain/ Uppal (Hrsg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, S. 55-77, 4.04.

¹¹²⁸ CRAIG, Enforcement, in: Wadham/ Robinson/ Ruebain/ Uppal (Hrsg.), Blackstone's Guide to The Equality Act 2010, S. 189-203, 197f.

Durchsetzungskompetenzen wie Untersuchungsrechte, Vereinbarungskompetenzen, Schlichtung, Rechtsassistenz, juristische Kompetenzen etc.¹¹²⁹.

3. Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion

Aus integrationspolitischer Perspektive besteht das Interesse an einer wirksamen privatrechtlichen Diskriminierungsschutzgesetzgebung. Kraftvolles Privatrecht führt zu einer verbesserten Inanspruchnahme des Rechts durch die Diskriminierungsbetroffenen, erhöht den Bekanntheitsgrad der liberal ausgerichteten schweizerischen Rechtsordnung und stärkt dadurch die autonome Nutzung der schweizerischen Rechtsordnung durch die zu integrierenden Ausländer_innen. Damit werden im Sinne des VE-IntG der ausländischen Bevölkerung die gleichen Chancen wie der einheimischen Bevölkerung ermöglicht (Art. 1 lit. d), indem sie in der Nutzung und Entfaltung ihrer individuellen Ressourcen und ihren Fähigkeiten gestärkt werden (lit. e), sich für ihre eigenen Rechte einzusetzen.

Deshalb empfiehlt das Gutachten des Gesundheits- und Fürsorgedirektion, sich für einen wirksamen, transparenten und gerechten privatrechtlichen Diskriminierungsschutz einzusetzen.

F. Ordnungsrecht: Intervention gegen systematische Diskriminierung

Gemäss der Schutzpflichtendogmatik ist das Gemeinwesen verpflichtet, Private vor Diskriminierungen durch Private zu schützen¹¹³⁰. Dies erfolgt zum Einen mittels gesetzgeberischer Massnahmen, die diskriminierende Gewalt, diskriminierende Äusserungen und bis zu einem gewissen Grade auch diskriminierende Ungleichbehandlungen im Rahmen privatrechtlicher Verträge und anderweitiger privatrechtlicher Rechtsbeziehungen untersagen. Zum Andern erfordern Schutzpflichten bei Gefährdungen elementarer Grund- und Menschenrechte polizeiliche Interventionen, so beispielsweise, wenn Personen und Sachen vor diskriminierenden gewalttätigen Handlungen geschützt werden müssen.

Die entsprechenden gesetzlichen Schutzmechanismen lassen sich auf privatrechtlicher, strafrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Ebene realisieren. Da die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und auf dem Gebiet des Strafrechts Sache des Bundes ist (Art. 122, 123 BV), bleibt den Kantonen die Möglichkeit, den Schutz vor Diskriminierung im Verhältnis zwischen Privaten ausschliesslich aufsichtsrechtlich zu regulieren. Nach vorliegender Auffassung ist es sinnvoll, die kantonale Gesetzgebung zu prüfen, in welchen Bereichen ergänzend zum Straf- und Privatrecht ordnungsrechtliche Diskriminierungsverbote geschaffen werden sollen.

¹¹²⁹ Siehe dazu CRAIG, 9.59.

¹¹³⁰ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

Ergänzend zum Privatrecht, das auf der freien Entscheidung der Diskriminierungsbetroffenen ruht, gegen eine sie treffende Diskriminierung vorzugehen, bezweckt das Ordnungsrecht die Kontrolle privaten Handelns zum Schutz öffentlicher Interessen wie Ordnung, Sicherheit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr, aber auch sozialpolitischer und umweltpolitischer Interessen, so etwa bei systematischen oder schwerwiegenden Diskriminierungshandlungen. Das Strafrecht wiederum bezweckt den Schutz des öffentlichen Friedens.

Aus diesen Gründen sollten der Kanton Bern prüfen, ergänzend zu den bestehenden strafrechtlichen Bestimmungen und zur Forderung, den privatrechtlichen Diskriminierungsschutz auszubauen¹¹³¹, ordnungsrechtliche Diskriminierungsverbote zu verankern. Zur Illustration werden im Folgenden Gesetze des Kantons Bern bzw. die entsprechenden Optionen rechtlicher Diskriminierungsverbote und Schutzmassnahmen exemplarisch dargestellt. Die thematisierten Bereiche wurden frei ausgewählt und fokussieren sich in erster Linie auf diejenigen Rechtsgebiete, die aufgrund von Erfahrungswerten immer wieder in den Fokus der Diskriminierungsrelevanz geraten. Dazu gehören das Gewerbeaufsichtsrecht sowie das Recht über die Aufsicht über private Schulen.

1. Beispiel 1: Gastgewerberecht

1.1 Kantonales Gastgewerberecht (GGG, GGV) und Diskriminierungsschutz

Das Beherbergen von Gästen, die Abgabe von Speisen und Getränken und das Überlassen von Räumen für den Konsum von Speisen und Getränken unterliegt der Aufsicht durch die Gewerbepolizei, soweit diese Tätigkeiten gewerbmässig erfolgen¹¹³². Zweck der gastgewerberechtlichen Aufsicht ist der Schutz der polizeilichen Güter, so insbesondere zum Schutz der Gesundheit, zum Konsumenten- und Jugendschutz, zur Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung, zum Schutz der Nachbarschaft vor übermässigen Einwirkungen und zum Schutz der Würde der angestellten Frauen und Männer (Art. 1 Abs. 2 GGG). Daher wird gemäss kantonalem bernischem Gastgewerberecht eine gastgewerbliche Betriebsbewilligung für das von einem Betriebe beanspruchte Grundstück erteilt und entsprechend die Betriebsart und den Umfang des bewilligten Betriebs festgelegt (Art. 6 Abs. 1 GGG i.V.m. Art. 3 GGG). Weiter sind für bestimmte, zeitlich genau begrenzte Veranstaltungen wie Festwirtschaften, Degustationen für die öffentliche Abgabe von Kostproben alkoholischer Getränke und den Handel mit alkoholischen Getränken gastgewerbliche Einzelbewilligungen erforderlich (Art. 7 GGG).

Bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorgaben des Gastgewerbegesetzes bzw. der jeweiligen Bewilligungen sieht das Gastgewerbegesetz neben den Strafbestimmungen von Art. 49 GGG verschiedene Verwal-

¹¹³¹ Siehe hierzu hinten, a.a.O.

¹¹³² Vgl. hierzu die Ausführungen in MÜLLER/FELLER, Bernisches Verwaltungsrecht, S. 706ff.

tungsmassnahmen vor. Art. 38 und 39 GGG ermöglichen befristete oder unbefristete Betriebsschliessungen, Art. 40 GGG sieht eine Reihe von – nicht abschliessend aufgezählten – sog. Verwaltungszwangsmassnahmen vor. Die zur Verfügung stehenden Sanktionen sind durch die zuständigen Aufsichtsorgane stets vor dem Hintergrund der zulässigen Einschränkungen gemäss Art. 1 Abs. 2 GGG und unter Beachtung der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit anzuwenden. Dabei ist ein abgestuftes Verfahren erforderlich: Ein erstmaliger leichter Verstoss gegen das GGG dürfte daher kaum mit einer Betriebsschliessung sanktioniert werden, wegen die wiederholte Missachtung der Betriebsbewilligung oder der Gastwirtschaftsgesetzgebung, nach Ausschöpfung des mildereren Mittels der Ermahnung und nach Androhung der Betriebsschliessung, eine solche selbst dann zur Folge haben kann, wenn der unmittelbare Anlass als nicht besonders gravierend erscheint¹¹³³.

Eine Interventionsmöglichkeit bei Diskriminierungshandlungen ist im GGG nicht vorgesehen. Aufgrund potentieller Diskriminierungshandlungen wird empfohlen, die Option eines gastgewerberechtlchen Diskriminierungsverbotes zu prüfen. Dabei sind die die verfassungsmässigen Vorgaben, insbesondere die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV, 23 KV BE) zu beachten¹¹³⁴.

Nach der Vorliegenden Auffassung verstossen gastgewerberechtlche Diskriminierungsverbote nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit. So verfügen die Kantone über relativ weitgehende wirtschaftspolizeiliche Zuständigkeiten. Unter wirtschaftspolizeilichen Eingriffen fallen vorab der Schutz der Polizeigüter (wie Leib und Leben, öffentliche Sicherheit, Gesundheit, Treu und Glauben im Geschäftsverkehr und damit der Konsumentenschutz, die Sittlichkeit). Zulässig sind aber auch Eingriffe mit sozialer oder sozialpolitischer Zielsetzung sowie raumplanerisch¹¹³⁵, versorgungspolitisch¹¹³⁶, kulturpolitisch¹¹³⁷, umweltpolitisch¹¹³⁸, energiepolitisch¹¹³⁹ motivierte Eingriffe und gar solche zur Erhaltung der Landessprache können als grundsatzkon-

¹¹³³ VGE 22050 vom 21.10.2004, E. 3.3. Zum Ganzen siehe zudem MÜLLER/FELLER, Bernisches Verwaltungsrecht, S. 715f.

¹¹³⁴ Zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit siehe insbesondere MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte, S. 1067ff.

¹¹³⁵ BGE 132 I 282 E. 3.3 S. 287; Urteil vom 16. Februar 1994, in: ZBI 1995, S. 182 E. 3c S. 183f.

¹¹³⁶ BGE 119 Ia 433 E. 4 S. 439ff.; 118 Ia 175 E. 3 S. 181ff. Vgl. zudem kritisch dazu YVO HANGARTNER, AJP 1993, S. 78f.

¹¹³⁷ BGE 132 I 97 E. 2.2 S. 101; 121 I 279 E. 6c/bb S. 286.

¹¹³⁸ BGE 132 I 282 E. 282 E. 3.3 S. 287; 119 Ia 378ff.; Urteil 2P.191/2004 (2005) E. 5.a.

¹¹³⁹ BGE 132 I 282 E. 3.3 S. 287.

form gelten¹¹⁴⁰. Eingriffe sind insoweit zulässig, als sie sich auf allgemein anerkannte öffentliche Interessen stützen¹¹⁴¹.

1.2 Massnahmen zur Gewährleistung des Verbotes von Diskriminierung

a. Diskriminierungsverbot im Gastgewerbegesetz

Zweck der Gastgewerbeaufsicht ist gemäss Art. 1 GGG neben der Gewährleistung der Ruhe und Ordnung (Abs. 2 lit. e) auch die Durchsetzung sozialpolitischer Anliegen wie z.B. der Jugendschutz (Abs. 2 lit. c), der Konsumentenschutz (Abs. 2 lit. d) und die Bekämpfung des Alkoholmissbrauches (Abs. 2 lit a). Der Diskriminierungsschutz als ein weiteres zentraler sozialpolitisches (und auch polizeiliches) Anliegen lässt sich daher durchaus ins System des kantonalen Gastgewerberechts einfügen. Diskriminierungsschutzrechtliche Anliegen sind dem GGG denn auch nicht fremd; so sieht das GGG in Art. 1 Abs. 2 lit. g vor, dass auch zwecks Schutz der Würde der angestellten Frauen und Männer gastgewerbliche Einschränkungen möglich sind, was unter anderem der Schutz vor sexueller Belästigung mit einschliesst.

Konkret liesse sich eine Nichtdiskriminierungsklausel in den Zweck-Artikel integrieren.

Art. 1

² h den Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung der Angestellten und der Kundschaft.

Im Sinne eines hierarchiefreien Ansatzes ist es prüfenswert, ein Diskriminierungsverbot einzuführen, das etwa auch anderweitige Diskriminierungsdimensionen umfasst. Ein solches würde sich etwa nahtlos an das von der Gewerbepolizei der Stadt Bern in Zusammenarbeit mit der Anlauf- und Beratungsstelle ggffon gegen Gewalt und Rassismus anschliessen, das etwa auch Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts oder einer Behinderung thematisiert.

Art. 1

² h den Schutz vor Diskriminierung der Angestellten und der Kundschaft wegen der Herkunft, der Rasse, der Ethnie, der religiösen und politischen Weltanschauung, der Behinderung, des Geschlechts, des Alters etc.

¹¹⁴⁰ Siehe hierzu etwa BGE 97 I 499 E. 4c S. 506. Zur Tragweite des Entscheides MÜLLER, Soziale Grundrechte in der Verfassung?, S. 109ff.; AUER, Bundesstaatsrecht II, Rz. 1881.

¹¹⁴¹ Zum Ganzen vgl. JÖRG PAUL MÜLLER, Grundrechte, S. 685; und MÜLLER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, N 86. Als sozialpolitisch begründet und im überwiegenden öffentlichen Interesse liegend erachtet das Bundesgericht etwa kantonale Beschränkungen des Konsumkreditwesens zum Schutz vor Überschuldung (BGE 120 Ia 299 ff; 120 Ia 286ff.), sowie ein kantonales Verbot von Geldspielautomaten zum Schutz vor den Folgen der Spielsucht (BGE 120 Ia 126ff.), und zwar auch in Kursälen (Urteil vom 11. Mai 1994, in: ZBI 1994, S. 522ff.).

Die Regelung ermöglicht die Bewilligung mit der Vorsetzung oder Auflage zu versehen, die Angestellten und die Kundschaft nicht zu diskriminieren (Art. 4 Abs. 1 GGG). Die Vorgaben für die für den Betrieb verantwortliche Person könnten durch eine entsprechende Spezialregelung erweitert werden. Konkret:

Art. 29b

Verbot der Diskriminierung

¹ Dem Betrieb ist es untersagt, seine Angestellten zu diskriminieren.

² dem Betrieb ist es untersagt, seine Kundschaft bei der Leistung zu diskriminieren.

b. Sanktionen und Schulungsverpflichtung

Die Verankerung einer Nichtdiskriminierungsklausel hätte zur Folge, dass die zuständige Aufsichtsbehörde in den Gemeinden auch bei Diskriminierungen intervenieren könnten und müssten. Die zur Verfügung stehenden Sanktionen sind durch die zuständigen (kommunalen) Aufsichtsorgane stets vor dem Hintergrund der zulässigen Einschränkungen gemäss Art. 1 Abs. 2 GGG und unter Beachtung der Verhältnismässigkeit und der Rechtsgleichheit anzuwenden, wobei Wortlaut und Systematik den Behörden ein abgestuftes Verfahren nahe legen¹¹⁴².

Darüber hinaus wäre zu prüfen, ob und inwiefern die Sanktionen im Bereich des Schutzes vor Diskriminierung auszuweiten sind. Da es sich beim Diskriminierungsschutz um ein Thema handelt, das auch massgeblich die Sensibilität der verantwortlichen Betriebe voraussetzt, liesse sich durchaus auch bei einem Verstoß die Verpflichtung zu einer Sensibilisierung rechtfertigen. Denkbar wäre etwa die Pflicht zum Besuch einer Grundschulung betreffend Rechtslage sowie Umgang mit Konflikten. Auch wenn Art. 40 GGG nicht abschliessender Natur ist, wäre es denkbar, dass eine solche Verpflichtung im Rahmen der geltenden Rechtslage angeordnet würde, solange dabei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet wird:

Art. 40

Verwaltungszwang

¹ Die Bewilligungsbehörde kann im Rahmen von Artikel 1 Absatz 2 insbesondere folgendes verfügen:

(...)

i. Anordnung einer Schulung zur Sensibilisierung des Personals und der verantwortlichen Personen.

¹¹⁴² MÜLLER, 13. Kapitel: Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Markus Müller / Reto Feller (Hrsg.), Bernisches Verwaltungsrecht, S. 681-739, 715.

c. Ausbildung im Rahmen des gastgewerblichen Fähigkeitsausweises

Da gemäss Art. 19 GGG jeder Betrieb durch eine verantwortliche natürliche Person zu führen ist, die über einen gastgewerblichen Fähigkeitsausweis oder eine andere anerkannte Ausbildung gemäss Art. 20 verfügt, sofern dies in der Betriebsbewilligung vorgeschrieben ist, wäre u.a. zu prüfen, ob in der Ausbildung auch die Problematik der ethnisch-kulturellen Diskriminierung zu thematisieren ist. Dies hätte z.B. entsprechende Ergänzungen in den Reglementen und Richtlinien der schweizerischen Berufsverbände zur Folge, welche die Voraussetzung zur Erlangung eines gastgewerblichen Fähigkeitsausweises oder einer anderen anerkannten Ausbildung anregen möchte.

d. Konkretisierung des diskriminierungsschutzrechtlichen Auftrages in Richtlinien

Zur verbesserten Durchsetzung der diskriminierungsschutzrechtlichen Regelung im GGG wäre insbesondere zwecks Information und Sensibilisierung eine(n) Weisung/Richtlinie/(Leifaden) zu erlassen, die (bzw. der) die Regelung spezifiziert. Darin wäre zu präzisieren, welche rechtliche Tragweite das ordnungsrechtliche Diskriminierungsverbot hat, so etwa durch Hinweise auf die Praxis zum strafrechtlichen Verbot der Rassendiskriminierung sowie zur Praxis zum geltenden Privatrecht. Konkret wäre auch zu formulieren, welche Handlungsformen vom Diskriminierungsverbot erfasst werden (so z.B. die Leistungsverweigerung, diskriminierende Vertragsbedingungen etc.).

Für die Wirksamkeit in der Durchsetzung eines allfälligen gewerbeaufsichtsrechtlichen Diskriminierungsverbotes ebenso zentral sind Richtlinien/Weisungen/Leitraden an die kommunalen Gewerbe- und Polizeien zur Umsetzung des entsprechenden Auftrages. So wäre etwa zu klären, wie kontrolliert werden kann, ob das Diskriminierungsverbot eingehalten wird, z.B. wie bei einem Verdacht auf Diskriminierung vorzugehen ist, beispielsweise ob Testing zur Untersuchung der Praxis möglich sind, und falls ja, unter welchen Voraussetzungen. Weiter wäre zu klären, ob mittels aktiver Information die Bevölkerung zum Thema sensibilisiert werden kann zwecks Förderung der Zivilcourage und Anzeige bei konkreten Beobachtungen von Diskriminierungsvorfällen.

1.3 Anregungen aus dem Kanton Waadt, Deutschland

a. Kanton Waadt

Der Erlass Arrêté sur l'accès aux surfaces gelées et cours d'eau dépendant du domaine public (ASGDP) setzt für den Gebrauch eines Segelbootes auf dem Genfersee die Teilnahme an einer Segelregatta und den Besuch eines Segelkurses, die Mitgliedschaft in einem autorisierten Club (Art. 3 Abs. 1 lit. a ASGDP) oder die Berechtigung eines autorisierten Clubs (lit. b) voraus. Die Erteilung der Bewilligung für die Clubs hängt davon ab, dass die Mitgliedschaft und die Berechtigung für das Betreiben des Wassersports nicht auf diskriminierende Art und Weise verweigert wird oder diskriminierenden Bedingungen unter-

stellt ist (Art. 4 Abs. 1 ASGDP). Bei einem Verstoß kommt es zu einer Unterlassungsverfügung unter Androhung des Entzugs der Bewilligung. Bei wiederholtem Verstoß besteht die Möglichkeit des Entzugs der Bewilligung.

b. Deutschland

Ein weiteres interessantes Beispiel ist das bereits an anderer Stelle dargestellte Gewerberecht in Deutschland, das im Gegensatz zur Schweiz auf Bundesebene reguliert ist. Nach geltendem Deutschen Gewerberecht gilt der Grundsatz, dass ein/e Gewerbetreibende/r die für das konkrete Gewerbe erforderliche Zuverlässigkeit besitzen muss, da der Öffentlichkeit andernfalls Gefahren drohen können¹¹⁴³. Nach herrschender Lehre¹¹⁴⁴ ist unzuverlässig, wer « nach dem Gesamtbild seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäss betreibt »¹¹⁴⁵. Die Unzuverlässigkeit bezieht sich auf die aktuellen und zukünftig drohenden Gefahren. Sie bezweckt die Beseitigung gegenwärtiger und die Gewährleistung der Unterlassung künftiger Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Die Entscheidung über die Unzuverlässigkeit ist soweit sie die Zukunft betrifft also eine Prognoseentscheidung, wobei Fehlverhalten in der Vergangenheit Grundlage dieser Prognose ist, soweit aus ihm auf die Zukunft geschlossen werden kann und ein Bezug zum Gewerbe und damit zur gewerberechtlichen (Un-)Zuverlässigkeit besteht.

2. Beispiel 2: Aufsicht über private Schulen

Der Kanton hat die Aufsicht über die Privatschulen und den Privatunterricht (Art. 43 Abs. 3 KV). Privatschulen, in denen Kinder ihre Schulpflicht erfüllen, bedürfen einer (Betriebs-)Bewilligung der Erziehungsdirektion (Art. 65 VSG). Es wäre denkbar, die aufsichtsrechtlichen Vorgaben mit einem Nichtdiskriminierungsgrundsatz zu verankern. Dabei sind die verfassungsmässigen Vorgaben, so etwa die Wirtschaftsfreiheit aber auch die Religionsfreiheit (etwa für konfessionell ausgerichtete) Schulen gewährleistet, einzuhalten. Denkbar wäre beispielsweise die Verankerung einer entsprechenden Regelung im Volksschulgesetz (VSG):

Art. 66

Bewilligungsvoraussetzungen

¹ die Aufgaben gemäss Artikel 2 erfüllt werden.

¹¹⁴³ Diese Voraussetzung der Zuverlässigkeit findet sich in den zentralen Untersagungsnormen (§§ 35, 59 i.V.m. § 57, § 70a GewO und §§ 15 Abs. 1, 4 Abs. 10 nr. 1 GastG), sowie dort, wo die gewerbliche Tätigkeit eine Erlaubnis voraussetzt, wie z.B. im Gaststättengesetz (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG, § 13 Abs. 1 Nr. 2 PBefG).

¹¹⁴⁴ In Deutschland: überwiegende Meinung.

¹¹⁴⁵ Ständige Rechtsprechung des BVerwG (Urteil vom 2. Februar 1982, BVerwGE 65, S. 1f.), die in der Literatur allgemeine Anerkennung findet.

Art. 2

Aufgabe

⁶ Sie trägt, ausgehend von der christlich-abendländischen und demokratischen Überlieferung, zur harmonischen Entwicklung der Fähigkeiten der jungen Menschen bei. Sie achtet die Grund- und Menschenrechte der Kinder und Jugendlichen ohne jede Form von Diskriminierung.

Damit die gesetzlichen Vorgaben eingehalten werden, sollten sie in praxisorientierten Richtlinien konkretisiert werden. Denkbar wäre beispielsweise eine Richtlinie zum Thema « Diskriminierungsfreie Aufnahme von Schüler_innen ».

3. Anregungen aus anderen Kantonen und aus dem Ausland

3.1 Schulische Disziplinarordnung (Kantonsschule Zug, Gymnasium Menzingen, Schulisches Brückenangebot, Fachmittelschule Zug)

Zur Sicherstellung eines geordneten und zielgerichteten Schulbetriebes am Kantonalen Gymnasium Menzingen wurde gestützt auf § 4 Abs. 4 Bst. c des Gesetzes über die kantonalen Schulen vom 27. September 1990¹¹⁴⁶ eine entsprechende Disziplinarordnung erlassen¹¹⁴⁷. In der Disziplinarordnung sind verschiedene Handlungen aufgelistet, die als Verstösse behandelt werden (§ 2). Unter diesen Verstössen figurieren u.a. die Verwendung der Infrastruktur des Kantonalen Gymnasiums Menzingen zur Aufbewahrung und Verbreitung von Material und Daten, die den Leitideen der Schule zuwiderlaufen, so insbesondere « Filme und Daten mit Gewalt verherrlichendem, rassistischen oder pornographischen Inhalt » (Ziff. 10).

Bei leichten Verstössen (« leichten Fällen ») stehen der Lehrperson in eigener Verantwortung der mündliche Verweis, die Wegweisung aus der Unterrichtsstunde, die Strafarbeit und eine oder mehrere Strafstunden zu (§ 3 Abs. 2). Bei einer Häufung von leichten Fällen muss eine Meldung an die Klassenlehrperson erfolgen (§ 3 Abs. 2). Die Wahl der Massnahme soll der Art und Schwere des Verstosses angemessen sein. So sollen die Strafarbeit und die Beschäftigung in Strafstunden erzieherisch sinnvoll sein (§ 3 Abs. 3). Stellt die Klassenlehrperson eine Häufung leichter Fälle fest, so lädt sie die Schülerin bzw. den Schüler sowie allenfalls weitere Beteiligte, bei Minderjährigen auch die Erziehungsberechtigten, zu einem Gespräch ein und trifft eine schriftliche Vereinbarung mit Bewährungsfrist (§ 3 Abs. 4).

¹¹⁴⁶ BGS 414.11.

¹¹⁴⁷ Disziplinarordnung für das Kantonale Gymnasium Menzingen vom 24. September 2007 (BGS 414.161). Siehe auch die Disziplinarordnung für das Schulische Brückenangebot des Kantons Zug vom 12. September 2007 (BGS 414.182), Disziplinarordnung für die Fachmittelschule Zug vom 26. September 2007 (BGS 414.26), und Disziplinarordnung für die Kantonsschule Zug vom 30. November 2007 (BGS 414.16).

In schwereren Fällen findet eine Meldung an die Rektorin bzw. den Rektor (§ 4 Abs. 1) und im Anschluss daran eine Besprechung durch die Schulleitung statt, auf deren Grundlage Massnahmen ausgesprochen werden können, so etwa: die Anordnung einer Massnahme nach § 3 Abs. 1 (§ 4 Abs 1 Bst. a), der schriftliche Verweis (Bst. b), die Androhung der Wegweisung von der Schule (Ultimatum) mit einer Bewährungsfrist von mindestens einem Semester (Bst. c), der Ausschluss vom Unterricht von höchstens 14 Tagen (Bst. d), der Antrag auf Wegweisung an die Schulkommission, sofern die Schülerin bzw. der Schüler noch schulpflichtig bzw. schulberechtigt ist (Bst. e), und als Ultima Ratio die Wegweisung von der Schule, sofern die Schülerin bzw. der Schüler nicht mehr schulpflichtig bzw. schulberechtigt ist (Bst. f).

4. Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion

Die hier vorgeschlagenen Massnahmen der Verankerung ordnungsrechtlicher Diskriminierungsverbot und deren Spezifizierung in Richtlinien/Weisungen/Leitfaden in Form von Handlungsanweisungen an die Aufsichtsbehörden beschränken sich auf zwei staatliche Aufsichtsbereiche. Doch kann die grundsätzliche Fragestellung der Verankerung ordnungsrechtlicher Diskriminierungsverbote in Ergänzung zum Privat- und Strafrecht zugunsten eines transparenten und wirksamen Schutzes vor Diskriminierungen durch Private kann auch weitere Bereiche staatlicher Aufsicht betreffen. Daher ist es empfehlenswert, dass der Kanton Bern seine Gesetzgebung insgesamt einer vertieften Prüfung unterzieht und abklärt, in welchen Aufsichtsbereichen jeweils ordnungsrechtliche Diskriminierungsverbote zu verankern sind.

Die vorgeschlagenen gesetzgeberischen Massnahmen fallen in die Zuständigkeit des Grossen Rates, da sie erheblich in die Rechte der der Aufsicht unterstellten juristischen und natürlichen Personen eingreifen. Daher hängt deren Realisierbarkeit im einem Fall von den politischen Verhältnissen im Parlament ab. Denkbar wäre etwa ein Anstoss spezifischer Gesetzgebungsprojekte durch den Regierungsrat auf der Grundlage von Art. 15 Abs. 1. Eine entsprechende Analyse kann etwa bereits hinsichtlich der Erarbeitung der Massnahmenplänen gemäss Art. 16 Abs. 2 IntG vorgenommen werden, oder sie wird erst im Nachgang einer Analyse der Berichterstattung der Direktionen und der Gemeinden über den Vollzug der Massnahmen (Art. 17 Abs. 2) vorgenommen. Je nachdem wären entsprechende gesetzgeberische Projekte bereits in den Massnahmenplänen enthalten, oder die Massnahmenpläne enthalten vorerst eine Verpflichtung für die einzelnen Direktionen, entsprechende Prüfungen vorzunehmen.

Denkbar wäre etwa ein Anstoss eines konkreten Umsetzungsprozesses durch die Gesundheits- und Fürsorgedirektion auf der Basis von Art. 17 Abs. 1 IntG. Ziel wäre die Erarbeitung konkreter Richtlinien/Weisungen/Leitfaden betreffend die jeweiligen Regelstrukturen mittels vorgängigem Issue-Screening und anschliessender Konzeptarbeit. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion könnte den Prozess steuern und koordinieren. Die einzelnen Direktionen wiederum wären auf der Grundlage von Art. 18 Abs. 1 gehalten, die erarbeiteten Massnahmen in ihrem Zuständigkeitsbereich umzusetzen. Weiter wären sie auf

der Grundlage von Art. 18 Abs. 2 verpflichtet, die Wirksamkeit der ergriffenen Massnahmen zu evaluieren und der Gesundheits- und Fürsorgedirektion Bericht zu erstatten – so etwa über die jeweilige Umsetzung von konkreten Richtlinien/Weisungen/Leitfaden. Dies wiederum würde der Gesundheits- und Fürsorgedirektion ermöglichen, die Massnahmen zu analysieren und in den Gesamtbericht zuhanden des Regierungsrates einzuarbeiten (Art. 17 Abs. 2).

G. Strafrecht: Hüterin des öffentlichen Friedens

Das positive Strafrecht ist gut ausgebaut und entspricht den Vorgaben des UNO-Rassismusübereinkommens. Dies ist ein deutliches Signal an die anwesenden Ausländer_innen, dass die Schweizer Stimmbürger_innen rassistische Äusserungen in der Öffentlichkeit nicht tolerieren. Dadurch leistet es einen Beitrag an eine Willkommenskultur und fördert die Integrationsbemühungen. Es wird empfohlen, dass der Kanton Bern im Bildungs- und Kontrollbereich Anstrengungen unternimmt, damit die Strafnorm bei den Untersuchungsbehörden eine hohe Akzeptanz genießt.

Teil 2. Fördermassnahmen (Massnahmenbereich II)

Ziel von Fördermassnahmen ist die Herstellung diskriminierungsfreier Chancengleichheit beim Zugang zu ökonomischen, kulturellen, sozialen und politischen Ressourcen. Einerseits geht es um die gezielte Förderung der Ressourcenmobilisierung und des Ressourcenauf- und -ausbaus bei strukturell benachteiligten oder gar diskriminierten Migrant_innen-gruppen (Massnahmen zur Ermächtigung von Diskriminierungs-betroffenen, Massnahmen zur Gestaltung von pluralistischen Verhältnissen). Dabei ist besonders darauf zu achten, dass diese nicht als homogene Gruppe wahrgenommen werden, sondern als je spezifische « Untergruppen » mit je spezifischen Problemen. Andererseits braucht es Massnahmen, die bei der herrschenden « Gruppe » bzw. den dominanten Strukturen ansetzen, d.h. dort wo die Entscheidungen gefällt werden (Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen).

Aufgrund der hohen Komplexität der jeweiligen typischen Problemfelder, denen die jeweiligen Subgruppen ausgesetzt sind, ist die Konzipierung von Fördermassnahmen eine besondere Herausforderung. Fördermassnahmen müssen sich an evidenzbasierten Informationen ausrichten, dies sowohl hinsichtlich des empirischen Problems (Diskriminierungsrealität), das sie zu beseitigen bezwecken, als auch hinsichtlich der Wirkung der Massnahme. Insbesondere Privilegierungen sind besonders strengen Rahmenbedingungen zu unterwerfen, da sie in die Rechte Dritter eingreifen und damit das Risiko der Wirkungslosigkeit bergen oder gar Diskriminierungen zementieren.

Weiter ist darauf zu achten, dass keine segregierende Massnahmen realisiert werden, sondern letztlich die gesamte Gesellschaft in den Fokus genommen wird, im Sinne der Herstellung einer interkulturellen Perspektive der Inklusion aller gesellschaftlichen « Gruppen » und « Subgruppen ». Nur so lässt sich der

problematische Fokus des « ‚Wir‘ und die ‚Anderen‘ », der letztlich Ungleichheitsstrukturen aufrechterhält, vermeiden, bzw. der Fokus auf die Inklusion der Gesellschaft als Ganze realisieren.

Für die Umsetzung des im Integrationsgesetz verankerten diskriminierungsschutzrechtlichen Auftrages bedeutet dies zweierlei: Erstens sollte der Kanton präzise prüfen, welche Subgruppen in welchen Bereichen, in welchem Ausmass und welchen Diskriminierungen ausgesetzt sind, bzw. an welcher Stelle sich aus welchen Gründen Diskriminierungen manifestieren. Zweitens sollte er klären, welche Massnahmen die entsprechenden Diskriminierungen möglichst wirksam angreifen können. Hierfür braucht es auf einer ersten Ebene die Prüfungen, auf welcher Ebene diese ansetzen sollten, so insbesondere auf der Ebene der Ermächtigung, der Gestaltung von Entscheidungen und der Gestaltung von Verhältnissen. Zudem ist in einem weiteren Schritt zu klären, ob diesbezügliche eigentliche gesetzgeberische Privilegierungen zu verankern sind oder administrative Massnahmen ebenso zielführend sein können.

Im Folgenden werden drei Bereiche vorgestellt, in denen Privilegierungen eine mögliche Option sein können. Im Anschluss daran werden typische administrative Fördermassnahmen vorgestellt, die im Rahmen des Integrationsgesetzes umgesetzt werden können. Während Privilegierungen ausschliesslich auf der Basis gesetzlicher Vorkehrungen getroffen werden können, genügen für weiche Massnahmen die Grundlagen im Integrationsgesetz bzw. deren Spezifizierung in der Integrationsverordnung.

H. Positive Massnahmen: Gleichstellung durch Privilegierung

Diskriminierungsschutzrechtlich ausgerichtete Privilegierungen zielen entweder auf die Verbesserung des Zuganges zu Ressourcen (z.B. Arbeit, Bildung) und/oder sie zielen auf die Förderung von individuellen Ressourcen (z.B. Sprache, Gesundheit). Während erstere vorwiegend im Rahmen von Quotenregelungen umgesetzt werden, werden letztere durch gruppenspezifische Information, Sensibilisierung und Coaching gewährleistet.

Quotenregelungen können der Gestaltung von Entscheidungen oder der Gestaltung von Verhältnissen dienen, zudem sollen sie mittelbar auch eine Ermächtigung der Betroffenen darstellen. Spezifische Ressourcenförderung hingegen dienen primär der Ermächtigung der Betroffenen (und mittelbar der Gestaltung von Entscheidungen und von Verhältnissen).

1. Quotenregelungen

Quotenregelungen sind ein Instrument zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung von diskriminierten Personengruppen. Mit der Festlegung von bestimmten Minderheitenquoten soll die paritätische

Vertretung der jeweiligen Gruppe in Ausbildung, Erwerbsleben und Politik erreicht werden¹¹⁴⁸. Quoten zielen auf eine fundamentale Umgestaltung der Gesellschaft im Sinne einer gerechteren Verteilung von Ressourcen, insbesondere solchen ökonomischer und kultureller Natur. Somit können Quotenregelungen in den Worten von O'NEILL auch als « Weigerung » verstanden werden, « denen, die schon früher Wettrennen gewonnen haben, in späteren Rennen eine Vorsprung einzuräumen »¹¹⁴⁹.

Höchst umstritten ist die Wirkung und Wirksamkeit von Quoten, d.h. insbesondere deren Potential, tatsächlich Chancengleichheit herzustellen. So vermögen etwa qualifikationsabhängige Entscheidungsquoten ohne verpflichtende Zielvorgaben kaum viel zu verändern. Insbesondere verkennt ihre individualistische Orientierung den kollektiven Charakter der Diskriminierung, trägt zur weiteren Schwächung der zu fördernden Kollektive bei und verkehrt sich in eine Bestätigung der bestehenden Herrschaftsverhältnisse. Demgegenüber können im Bereich der Gleichstellung über Quoten hingegen Zielvorgaben oder Ergebnisquoten ein geeigneteres Mittel darstellen, die Macht der herrschenden Gruppe zu schwächen zwecks Herstellung tatsächlicher Chancengleichheit¹¹⁵⁰.

1.1 Beispiel 1: Beschäftigungsstruktur

Eine Quotenregelung wäre z.B. im kantonalen und kommunalen Personalrecht denkbar. Eine solche zielt einerseits auf die Beseitigung struktureller Benachteiligungen im Erwerbsleben, indem mit ihr versucht wird, die Unterrepräsentation von Ausländer_innen bzw. spezifischen Ausländer_innengruppen im Anstellungsverhältnis mit dem Kanton und den Gemeinden abzuschwächen. Dies würde die strukturellen Defizite in Erwerbsleben und mittelbar auch im Bildungsbereich abbauen helfen und damit insbesondere auf der Ebene der Ermächtigung von Diskriminierungs betroffenen ansetzen. Andererseits zielt die Beseitigung struktureller Benachteiligungen durch Quoten auch auf die Ebene der Gestaltung von Verhältnissen. Konkret führt eine Quotenregelung zur verstärkten Rekrutierung von « ausländischem » Know-how, was wiederum die Chance in sich birgt, dass dieses « ausländische » Know-how auch entsprechend eingesetzt werden kann und letztlich staatliche Leistungen « migrant friendly »¹¹⁵¹ macht.

¹¹⁴⁸ Zur Funktionsweise von Quoten siehe z.B. TOBLER, Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung Kalanke, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, S. 49-134.

¹¹⁴⁹ O'NEILL, Wie wissen wir, wann Chancen gleich sind? (1976), in: Rössler (1993), S. 156. Vgl. dazu auch BLÄTTLER/CHRISTENSEN, Die moralphilosophische Diskussion von Quotenregelungen, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, S. 9-48, 43f.

¹¹⁵⁰ BLÄTTLER/CHRISTENSEN, Die moralphilosophische Diskussion von Quotenregelungen, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, S. 9-48, 44.

¹¹⁵¹ Der Begriff wird in Anlehnung an den aus den Vereinigten Staaten stammenden Begriff der migrant-friendly hospitals verwendet.

Die Quotenregelungen müssten so ausgestaltet werden, dass deren Ziel eine Repräsentation der Bevölkerungsstruktur im Gemeinwesen (Kanton Bern, Gemeinden des Kantons Bern) in der Angestelltenstruktur der jeweiligen Gemeinwesen ist. Dies ist zweifellos eine hohe Ambition, insbesondere wenn ein repräsentatives Abbild der Angestelltenstruktur auch entlang von ethnischen, geschlechtsspezifischen, altersspezifischen Linien realisiert werden soll. Die Quotenregelungen müssten zudem nicht nur wirksam, sondern ebenso auch rechtskonform ausgestaltet werden.

1.2 Beispiel 2: Zusammensetzung von Gremien, Institutionen, Organisationen

Ein weiteres Beispiel für eine potentielle Privilegierung durch Quotierung ist die Verankerung einer Quote in der Zusammensetzung von Gremien auf staatlicher oder privater Ebene¹¹⁵². So wäre es etwa denkbar, dass z.B. beratende Kommissionen, Ausschüsse usw. von Kantonen und Gemeinden mit einer Ausländer_innen-Quote verbunden werden. Ebenso prüfenswert ist, private Unternehmen ab einer gewissen Grösse zu verpflichten, ihre Gremien (etwa den Verwaltungsrat) pluralistisch zusammenzusetzen. Auch hier stellen sich dieselben rechtlichen und Wirksamkeits-Herausforderungen wie bei einer Beschäftigungsquote.

1.3 Beispiel 3: Höhere Bildung

Ein noch brisanteres Feld im Zusammenhang mit Quotenregelungen betrifft den Bereich der Bildung. So wäre etwa prüfenswert, ob (Ziel-)Quoten ein angemessenes Mittel zur Verbesserung des Bildungsstandes von Ausländer_innen sein kann. Denkbar wäre etwa die Verankerung einer Zielquote für die Sekundarstufe im Sinne einer Verbesserung der Repräsentation von Ausländer_innen im Gymnasium. Damit dies jedoch keine kontraproduktiven Effekte hat, sind die dafür notwendigen Massnahmen sensibel auszugestalten.

1.4 Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion

Quotenregelungen sind in vieler Hinsicht diffizil. Einerseits können sie höchst wirksame Instrumente sein, um diskriminierenden Strukturen machtvoll entgegenzuwirken. Andererseits besteht dadurch auch das Risiko, diskriminierende Strukturen zu zementieren bzw. zu befördern sowie Rechte Dritter zu verletzen. Nimmt man Quoten als Massnahmen zur Beseitigung struktureller ethnisch-kultureller Diskriminierung ernst, würde es denn auch nicht genügen, eine Ausländer_innenquote einzuführen, vielmehr müssten

¹¹⁵² Zur Sinnhaftigkeit von Quoten im Wahl- und Parlamentsrecht siehe z.B. POLEDNA, Geschlechterquoten im Wahl- und Parlamentsrecht, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, S. 135ff. Zu den Rahmenbedingungen bei der Ausgestaltung von Geschlechterquoten im Rahmen von Volkswahl-Mandaten siehe etwa DENISE BUSER, Verfassungskonforme Quoten für Volkswahl-Mandate, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, S. 187ff., insb. 225ff., Zusammenfassung und Thesen.

die jeweils spezifischen ethnisch-kulturellen Untergruppen bzw. deren Unterrepräsentation genau analysiert werden.

2. Förderung von Ressourcen von unterprivilegierten Personen

Mit weitaus weniger rechtlichen Fragestellungen verbunden sind Privilegierungsmassnahmen, die keine eigentlichen Quotenregelungen darstellen, d.h. nicht in erster Linie unmittelbar den Zugang zu Ressourcen zu « erzwingen » beabsichtigen, sondern vielmehr die Ressourcen der Ausländerbevölkerung stärken möchten. Ziel ist es, dass die entsprechenden Gruppen und Untergruppen verstärkt in die Lage versetzt werden, sich aus eigenen Kräften Zugang zu ökonomischen, kulturellen, sozialen und politischen Ressourcen zu verschaffen. Hierbei handelt es sich um eine privilegierende Ressourcenförderung. Privilegierend deshalb, weil sie sich die Form von Fördermassnahmen nicht an die gesamte Bevölkerung, sondern ausschliesslich an die betroffenen (Unter-)Gruppe richtet, unabhängig davon ob die einzelnen Individuen auch tatsächlich von Diskriminierung betroffen sind oder nicht.

Fördermassnahmen im Sinne einer spezifischen Ressourcenförderung setzen insbesondere auf der Ebene der Ermächtigung der Diskriminierungsbetroffenen an. Es handelt sich zudem vielfach auch um administrative Fördermassnahmen (siehe weiter hinten), daher werden sie im Folgenden nur ganz knapp vorgestellt.

Beispiele dafür sind:

- Antidiskriminierungstrainings,
- Informations- und Sensibilisierungsveranstaltungen zu den Rechten und Pflichten;
- Beratung von Diskriminierungsbetroffenen;
- Coaching beim Zugang zu Ressourcen (wie z.B. Arbeit, Wohnung, Bildung, Dienste)

3. Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion

Siehe hinten unter administrative Fördermassnahmen.

I. Administrative Fördermassnahmen: Stärkung gesellschaftlicher Ressourcen

Neben den Privilegierungen lassen sich auch weiche Fördermassnahmen in den Katalog des rechtlichen Antidiskriminierungsinstrumentariums aufnehmen. In der Praxis sind diese sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht gar bedeutend gewichtiger. So konzentriert sich auch der VE-IntG auf solche weiche Fördermassnahmen, die gemäss Art. 15 VE-IntG namentlich Information, Beratung und Sensibilisierung umfassen.

Die konkrete Umsetzung der Verpflichtungen unterliegt einem relativ grossen Ermessensspielraum, wobei Kanton und Gemeinden den Grundsatz der Wirksamkeit beachten müssen. Es ist daher im Interesse des Kantons, ein Konzept mit konkreten Zielen, Massnahmen und Aufgaben zu entwickeln, damit effektive Fördermassnahmen entwickelt und umgesetzt werden. Dabei ist es empfehlenswert, auch die EKIM-Schwerpunkte des Bundes zu berücksichtigen. Diese sind: Sensibilisierung und Prävention, Beratung, Öffnung der Institutionen.

Im Folgenden werden in Anlehnung an die wissenschaftliche Literatur sowie rechtsvergleichend rechtspraktische und wirksame Massnahmen in den Kernbereichen Information, Beratung, Kooperation und Öffnen der Institutionen dargestellt.

1. Information

Die aktive Verbreitung von Informationen und die Möglichkeit des einfachen Zugriffes zu Informationen bei Bedarf ist eine zwingende Aufgabe des Kantons und der Gemeinden, damit der Auftrag des Integrationsgesetzes umgesetzt werden kann. Letztlich handelt es sich dabei um (Hilfs-)Fördermassnahmen, d.h. Massnahmen die entweder direkt dem Abbau von Diskriminierungen dienen oder indirekt helfen, Fördermassnahmen zu konzipieren und umzusetzen. Auf der Grundlage von Art. 15 VE-IntG sind Kanton und Gemeinden verpflichtet, folgende Informationen zu verbreiten:

- Diskriminierungsvorkommnis (Art, Bereich, Struktur, Auswirkungen, Quantität);
- Historische, soziologische, politologische und ökonomische Hintergründe zur Diskriminierungsproblematik;
- konkrete Auswirkungen von Diskriminierungen auf das Gemeindeleben;
- Rechtslage (Gesetze, Gerichtspraxis);
- Typen von und Angebote zu Antidiskriminierungsmassnahmen;

- Landschaft der Antidiskriminierungsakteure;
- Anlauf- und Beratungsstellen.

Die Informationen sind breit und zugleich niedrigschwellig und spezifisch zu verbreiten. Sie sind einerseits allgemein auszurichten und zielen auf einen breiten Adressatenkreis. Andererseits ist es notwendig, spezifische Bevölkerungsgruppen auch entsprechend angemessen und konkret anzusprechen, d.h. Informationen problem- und adressatenorientiert aufzubereiten. Weiter ist zu beachten, dass die Informationsdistribution über die verschiedensten Kanäle umgesetzt wird (z.B. Homepage, Medien, Flyer, Informationsveranstaltungen).

2. Beratung

Die in Art. 15 VE-IntG vorgesehenen Massnahmen umfassen namentlich u.a. ein Beratungsangebot für Betroffene (Abs. 2). Betroffenenberatung steht daher neben der « Öffentlichkeits- und Sensibilisierungsarbeit und der Kooperation mit den zuständigen Behörden des Bundes und anderen in diesem Gebiet tätigen öffentlichen und privaten Einrichtungen » als explizite Aufgabe prominent im Integrationsgesetz. Das Zur-Verfügung-Stellen eines Beratungsangebotes ist daher zwingend erforderlich.

Kanton und Gemeinden verfügen bei der Umsetzung des Beratungsauftrags über einen gewissen Ermessensspielraum. Beratung ist denn auch ein relativ allgemein gehaltener Begriff, der sowohl hinsichtlich der Adressaten, der inhaltlichen Ausrichtung, der methodischen Orientierung und der institutionellen und organisatorischen Einrichtung unterschiedlich ausgestaltet werden kann. Völker- und verfassungsrechtlich erforderlich ist immerhin ein effektives Beratungsangebot. Daher ist es für eine adäquate Umsetzung des im IntG vorgesehenen Beratungsangebotes zentral, sich an in der soziologischen Wirksamkeitsforschung entwickelten und in der Praxisarbeit bewährten Kriterien zu orientieren.

Diese sind:

2.1 Beratungsstandards

a. Abdeckung aller Lebensbereiche

Diskriminierung kommt in allen gesellschaftlichen Bereichen und Integrationsfeldern vor. Daher ist ein Beratungsangebot nur dann effektiv, wenn es in der Lage ist, Diskriminierungsvorkommnisse in den verschiedensten Lebensbereichen (z.B. Arbeit, Schule, Gesundheit, Freizeit) abzudecken. Dies bedeutet nicht zwingend, dass ein und dieselbe Stelle alle Lebensbereiche bearbeiten muss; hier sollten vielmehr die historische Gewachsenheit in der aktuellen Beratungslandschaft respektiert und bestmöglichst genutzt wer-

den. Hingegen hat der Kanton zu gewährleisten, dass bei einem entsprechenden Mangel ergänzende Angebote nachhaltig aufgebaut werden.

b. Abdeckung aller Diskriminierungsformen

Wie bei den Lebensbereichen kommt Diskriminierung in unterschiedlichsten Formen vor. In der Beratungspraxis von Bedeutung sind etwa Gewalt, Äusserungen, Ungleichbehandlungen und Schutzunterlassungen. Daher ist ein Beratungsangebot nur dann effektiv, wenn es in der Lage ist, Diskriminierungsvorkommnisse in den verschiedensten Ausprägungen abzudecken. Auch hier muss das Angebot nicht von einer einzigen Stelle abgedeckt sein, sondern der Kanton sollte allenfalls ergänzende Angebote unterstützen bzw. deren Aufbau fördern.

c. Zugänglichkeit des Beratungsangebotes

Elementar für eine wirksame Beratungsarbeit ist dessen niederschwellige Zugänglichkeit. Diese bemisst sich anhand des Grades der Mobilisierung der bestehenden rechtlichen und nichtrechtlichen Konfliktregulierungsmechanismen. Für die Ausschöpfung des Mobilisierungspotentials massgeblich ist auch die Zugänglichkeit von Beratungsangeboten.

Gemäss dem praxisorientierten Eckpunktpapier des Antidiskriminierungsverbandes Deutschland (advd) bedarf eine qualifizierte Antidiskriminierungsberatung ein unentgeltliches, zeit- und ortsnahe Beratungsangebot in mehreren Sprachen¹¹⁵³, das über unterschiedlichste Kanäle (Internet, Telefonbuch, etc.) zugänglich ist. Zentral ist zudem, dass der Zugang benachteiligungsfrei gewährleistet werden kann. Aus einer menschenrechtlichen Perspektive spricht man etwa von availability und accessibility, d.h. Grundsätze, die verlangen, dass Hürden beim Zugang zur Beratung abgebaut werden müssen.

Das Beratungsangebot sollte also für verschiedenste Zielgruppen (Sprache, Frauen, Kinder, Menschen mit Behinderung etc.) zugänglich ausgestaltet sein, damit eine vertrauensvolle Atmosphäre geschaffen wird, die letztlich ausschliesslich über kompetente und unabhängige Mitarbeiter_innen erreicht werden kann. Notwendig ist daher auch die Gewährleistung der Professionalität, dies etwa über Aus- und Weiterbildungsangebote in der Beratungsarbeit.

Der Kanton hat die Aufgabe zu prüfen, ob die im Kanton bestehenden Angebote die Zugänglichkeit gewährleisten. Insbesondere ist zu prüfen, ob ältere, bildungsferne und behinderte Menschen ebenso eine gleichberechtigte Chance auf Zugang zu den entsprechenden Stellen haben. Ist dies nicht gegeben, wäre über gezielte Massnahmen ein gleichberechtigter und verbesserter Zugang zu gewährleisten.

¹¹⁵³ Siehe hier etwa die Standards für die qualifizierte Antidiskriminierungsberatung des advd. Auffindbar unter: <http://www.antidiskriminierung.org/?q=node/293> (Zugriff: 21. April 2011).

d. Empowerment für die Betroffenen

Ziel einer wirksamen Beratungsarbeit ist die Stärkung der Selbstbestimmung und Selbstermächtigung der Ratsuchenden. Denn nur wer selbstbewusst und in Eigenregie für seine eigenen Rechte eintreten kann, sieht sich als eigenständiger und gleichberechtigter Akteur in der Gesellschaft und ist bereit und in der Lage, in eigener Verantwortung sein Leben in die Hand zu nehmen. Rechtlich gefordert ist daher ein qualitativ hochstehendes Beratungsangebot, das aus interdisziplinärer Perspektive in der Lage ist, die Selbstbestimmung der Betroffenen zu fördern.

e. Vertraulichkeit

Wirksame Beratungsarbeit setzt das Vertrauen der Rat Suchenden in die/den Berater_in voraus. Die Vertraulichkeit der Gesprächssituation bietet einerseits die Möglichkeit, zu sich selbst zu kommen und das Erlernte ohne den Druck antizipierter Reaktionen und Bewertungen in Worte zu fassen, andererseits aber auch einen Schutz vor möglichen objektiven Konsequenzen. Die Beratungssituation ist ein geschützter Raum für Ratsuchende, der aber nur dann den notwendigen Schutz gewährleistet, wenn dieser auch von den Ratsuchenden so wahrgenommen wird.

Damit diese Vertraulichkeit gegenüber den Ratsuchenden hergestellt werden kann, ist es notwendig, dass sich jede Beratungsstelle einer Reflexion der eigenen Wirkung nach Aussen unterzieht. Der Kanton sollte daher entsprechend darauf achten, dass Beratungsangebote zur Verfügung stehen, die den geschützten Raum einerseits anbieten können, und darüber hinaus auch subjektiv von den von Diskriminierung Betroffenen als solchen wahrgenommen werden.

f. Parteilichkeit

Menschen, die Schutz vor Diskriminierung suchen oder eine Unterstützung bei Diskriminierung benötigen, sind besonders darauf angewiesen, dass man auf professionelle (d.h. sachliche Art und Weise) zu ihren Gunsten Partei ergreift. Dies bedeutet nicht, dass es etwa unter Umständen notwendig ist, eine unparteiische Instanz zur Unterstützung im Verlaufe der Suche nach einer Lösung einzuschalten. Hingegen ist es wichtig, dass Anlauf-, Beratungs- und Interventionsstellen für das Anliegen der betroffenen Person Partei beziehen, d.h. sich für sie einsetzen. Dieser Einsatz bedeutet auch, dass gegenüber den Diskriminierungsangeschuldigten konkret kommuniziert wird, dass man die betroffene Person vertritt.

Dieser Parteibezug darf jedoch nicht mit einem politischen Auftrag verbunden sein; so geht es ausschliesslich darum, der betroffenen Person zu helfen, eine Lösung zu finden. Daher ist die Parteinahme mit Bedacht und behutsam vorzunehmen, so dass die « Gegenpartei » nicht an einen Ort gedrängt wird, der eine Lösung möglicherweise erschweren könnte. Entscheidend ist, dass die beratende Organisation genügend Distanz zu sich selbst wahrt und weiss, wann es eine nicht-parteiische Institution braucht, die

Unterstützung anbietet. Dies kann etwa bedeuten, dass die beratende Organisation einen Mediator um Unterstützung bittet oder eine Ombudsstelle konsultiert. Aufgrund der Verletzlichkeit der betroffenen Person bleibt aber ein klares Commitment zugunsten dieser bis das Problem gelöst ist, entscheidend.

Der Kanton sollte sicherstellen, dass eine kompetente parteiische Beratungsarbeit möglich ist.

g. Interdisziplinarität der Beratung

Der einseitige beratungsmethodische Blickwinkel ist oft nicht « nur » wirkungslos, sondern kann gar kontraproduktive Wirkungen erzielen. Eine wirksame Unterstützung setzt das Wissen um die angemessene Reaktion auf die mehrdimensionalen Folgen von Diskriminierung sowie wirksame Gegenstrategien voraus. Hierfür ist eine breit angelegte, inter- bzw. transdisziplinäre Qualifikation in Form pädagogischer, juristischer, psychologischer und psychosozialer Kompetenzen gefragt. Interdisziplinarität dimensionenspezifisches und dimensionenübergreifendes Grundlagenwissen, Grundlagenwissen zu juristischen und nicht-rechtlichen Beratungs- und Interventionsmethoden.

Der Ansatz der Interdisziplinarität sollte sich jedoch den im Kanton Bern historisch gewachsenen Strukturen anpassen. Dies bedeutet, dass nicht die gesamte Disziplinenpalette von einer Stelle umfassend abgedeckt werden muss, sondern vielmehr ergänzendes Know-how gewährleistet werden sollte. Das kann durch eine entsprechende Sensibilisierung zu Rassismusfragen (von juristischem Stellen wie z.B. Rechtsberatungsstellen oder Anwälten) passieren, aber ebenso auch durch eine Einstellung von juristisch geschulten Personen. Auch juristischen Beratungsstellen ist entweder die Information zu vermitteln, dass auch Beratungsstellen im psychosozialen Bereich oder im Bereich der Gemeinwesenarbeit konsultiert werden müssen, sofern dies notwendig ist; oder auch hier können umgekehrt die Ressourcen zur Verfügung gestellt werden, damit entsprechend geschultes Personal eingestellt werden kann.

h. Horizontaler Ansatz

Professionelle Beratungsstellen fordern eine « merkmals- und zielgruppenübergreifende Arbeitsperspektive, die die Vielzahl unterschiedlicher Diskriminierungsmerkmale im Blick hat und dafür sensibilisiert »¹¹⁵⁴. Dies hat zur Folge, dass die Beratungsarbeit entsprechende Kenntnisse auch bei Diskriminierung anderer Merkmale aufweisen muss.

Der Auftrag des Integrationsgesetzes beschränkt sich zwar auf den Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung. Doch kann dieser nur dann effektiv umgesetzt werden, wenn der Kanton und die Gemeinden dafür sorgen, dass ein entsprechendes mehrdimensionales Angebot zur Verfügung steht. Dies kann

¹¹⁵⁴ Advd-Standards, S. 8.

vorwiegend durch eine Schulung der Antirassismusorganisationen aber auch eine Schulung der Behinderten-, Geschlechtergleichstellungs-, Alters- etc.-Institutionen geschehen. Zudem braucht es eine verstärkte Vernetzung unter den verschiedenen Organisationen. Das führt zu einer verbesserten – auch benachteiligungsfreien – Zugänglichkeit des Beratungsangebotes.

i. Dokumentation

Eine detaillierte Falldokumentation dient als Nachweis bzw. der Nachvollziehbarkeit der angewandten Handlungsoptionen. Darüber hinaus ist sie ein wichtiges Instrument zur Qualitätssicherung und inhaltlichen Weiterentwicklung der Antidiskriminierungsberatung. Der Kanton Bern sollte daher im Rahmen der Massnahmenpläne sicherstellen, dass diejenigen Organisationen und Institutionen, die eine Beratung anbieten, auch ihre Beratungsfälle dokumentieren und in ein zentrales Dokumentationssystem einspeisen. Dies ermöglicht ihnen eine professionelle Strukturierung ihrer Beratungsarbeit, eine Verbesserung des Beratungsangebotes und nicht zuletzt auch einen Arbeitsnachweis gegen aussen.

j. Vernetzung / Kooperation

Für die Reichweite, Wahrnehmung und Handlungsmöglichkeiten einer qualifizierten Antidiskriminierungsberatung ist die Vernetzung relevanter Beratungsakteur_innen auf kantonaler und kommunaler Ebene, im privaten und staatlichen Bereich notwendig. Da Diskriminierungsfälle sich oft auf unterschiedlichen sozialen und juristischen Ebenen abspielen und mehrdimensional gelagert sind, müssen die verschiedenen Beratungsangebote über unterschiedliches Know-how verfügen, so dass multidisziplinäre und zielgruppenübergreifende Kooperationen bei der Fallbearbeitung ermöglicht werden. Daher bedarf es einer Vernetzung der Beratungsstellen sowohl im Kreis der Unterstützer_innen innerhalb der sozialen Menschenrechts- und Antidiskriminierungsarbeit als auch mit unterschiedlichen « externen » Einrichtungen und Organisationen in den einzelnen gesellschaftlichen Diskriminierungsfeldern (z.B. mit Schulen, Fachdiensten, Beratungsstellen, Rechtsanwälten, Gewerkschaften, Gemeinden etc.).

k. Interdependenz der Qualitätskriterien

Die verschiedenen Kriterien sind positiv interdependent, d.h. sie unterstützen sich gegenseitig. Hierzu nur drei Beispiele: (1) Eine einfache Zugänglichkeit eines Beratungsangebotes fördert etwa die Vertraulichkeit und wirkt selbstermächtigend. (2) Eine professionelle Dokumentation erlaubt die verstärkte Systematisierung und prozess- und zielorientierte sowie interdisziplinär ausgerichtete Beratungsarbeit. (3) Eine interdisziplinäre Ausrichtung der Beratungsarbeit unterstützt deren Zugänglichkeit, Vertraulichkeit und Unabhängigkeit.

Demgegenüber liegen bei Nichterfüllung der verschiedenen Kriterien auch negative Interdependenzen vor, d.h. sie schwächen sich gegenseitig. Auch hierzu drei Beispiele: (1) Eine fehlende oder unsystemati-

sche Dokumentation verhindert ein professionelles Beraten, was wiederum negative Auswirkungen auf das Vertrauen und die Unabhängigkeit der Ratsuchenden haben kann. (2) Fehlt es an Unabhängigkeit wird das Vertrauen erschüttert. (3) Bei einem mangelhaften Empowerment leidet die Zugänglichkeit des Angebotes.

Daher hat der Kanton in der Umsetzung des Beratungsauftrages besonders darauf zu achten, dass die Kriterien berücksichtigt werden. Dies bedeutet hingegen nicht, dass sämtliche kantonalen Beratungsstellen über ein optimales Angebot verfügen müssen; auch das wäre kontraproduktiv, hätte dies doch einen Verzicht auf bewährte und historisch gewachsene Angebote zur Bedeutung. Entscheidend sind vielmehr eine Diversifizierung des Angebotes und die Förderung einer Vernetzung untereinander.

3. Sensibilisierung und Prävention

Problemorientierte Sensibilisierung orientiert sich an der Problemstellung und meint im vorliegenden Zusammenhang die Vermittlung eines Verständnisses über Art, Ausmass, Struktur und Auswirkungen ethnisch-kultureller Diskriminierungen. Extensiv ausgelegt lässt sich Sensibilisierung darüber hinaus auch lösungsorientiert denken und meint damit auch die Vermittlung eines Verständnisses für Methoden zur Prävention und Intervention von bzw. bei ethnisch-kultureller Diskriminierung.

Der VE-IntG liefert keine konkreten Ansatzpunkte, was er unter Sensibilisierung versteht. Daher ist es nahe liegend, sich am gängigen Sensibilisierungsbegriff zu orientieren, der ausschliesslich die « problemorientierte Sensibilisierung » erfasst. Zwingend im Sinne des Integrationsgesetzes ist die Sensibilisierung im engeren Sinn. Aufgrund der offenen Formulierung ist es dem Kanton jedoch erlaubt, darüber hinaus zu gehen und auch die « lösungsorientierte Sensibilisierung » als Aufgabe zu konkretisieren und umzusetzen. Angesichts des nicht abschliessend formulierten Kataloges von konkreten Massnahmen zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in Art. 15 Abs. 2 VE-IntG ist es ratsam, den Sensibilisierungsbegriff weit auszulegen.

Dem Kanton bleibt auch hier bei der Umsetzung ein gewisser Ermessensspielraum. Hingegen ist dieser durch den Wirksamkeitsgrundsatz eingeschränkt. Daher ist es ratsam, dass Kanton und Gemeinden auf die soziologisch untersuchten und in der Praxis bewährten Instrumente zugreifen.

3.1 Adressaten der Sensibilisierung

Gemäss Integrationsgesetz umfassen die geforderten Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft einer Person (Art. 15. Abs. 1) « gezielte Öffentlichkeits- und Sensibilisierungsarbeit » (Abs. 2). Das Wort « gezielt » weist bereits darauf hin, dass es sich um adressatenbewusste Massnahmen handelt. Dies entspricht auch der soziologischen Erkenntnis, dass die Wirksamkeit von Sensibilisierungsmassnahmen massgeblich von der adressatengerechten Aus-

richtung abhängt. Es bedeutet einerseits, dass die Adressenkreise im Grundsatz unbegrenzt sind, d.h. die gesamte zivilgesellschaftliche und staatliche Infrastruktur umfasst. Andererseits heisst dies aber auch, dass die Adressatenkreise spezifisch zu definieren sind, wobei die Kriterien deren Zusammensetzung jeweils an der Zielsetzung der Sensibilisierung auszurichten sind. Die betroffenen Adressatenkreise sollten deshalb problem- und problemlösungsorientiert definiert werden. Denn der Erfolg von Sensibilisierungsmassnahmen ist nur dann realisierbar, wenn sich die Adressaten sowohl im Problem als auch in der Lösung erkennen können; d.h. sie müssen einerseits einen Problemdruck und andererseits einen Lösungswunsch verspüren.

In Anbetracht der breiten Ausrichtung des Integrationsgesetzes und der begrenzten Ressourcen der Kantone und Gemeinden bedeutet dies, dass Sensibilisierungsmassnahmen auf die zentralen Akteure zu beschränken und problembezogen auszurichten sind.

- Angesichts des Auftrages des Kantones und der Gemeinden, im Rahmen der Regelstrukturen den Schutz vor Diskriminierung zu gewährleisten, heisst dies, dass ein Adressatenkreis einer Sensibilisierungsmassnahmen zwingend die kantonale und kommunalen Verwaltungen sind. Diese sind jeweils praxisbezogen zur Problematik der ethnisch-kulturellen Diskriminierung und deren Bewältigung zu sensibilisieren.
- Darüber hinaus stellen auch die wichtigsten privaten Akteure einen Adressatentyp der Sensibilisierungsmassnahmen dar, so etwa Unternehmen und anderweitige private Organisationen. Weiter ist auch die allgemeine Bevölkerung typischer Adressat von Sensibilisierungsmassnahmen.
- Schliesslich ergeben sich die jeweiligen Adressatenkreise problem- und damit auch aktualitätsbezogen. Die Adressatenkreise sind daher neben der grundsätzlichen Ausrichtung auch flexibel zu halten.

3.2 Qualitätskriterien

a. Problemorientierung

Am Anfang einer erfolgreichen Sensibilisierungsmassnahme steht ein konkretes Problem, das Lösungsdruck erzeugt. Sensibilisierungsmassnahmen sind nur dann zielführend, wenn sie an einem möglichst konkreten Problem (z.B. Rassismusvorwurf an die Polizei) und nicht an einem abstrakten Thematik (z.B. die Rassismusfrage) aufgehängt werden. Gelingt es im Vorfeld oder zu Beginn einer Sensibilisierungsmassnahme nicht, die Relevanz der Sensibilisierung anhand eines konkreten, die Adressaten beschäftigenden – gar belastenden – Problems aufzuzeigen, ist die Chance ihres Erfolgs gering (bis null). Daher können Sensibilisierungsmassnahmen keine allgemeinen Toleranz- und Informationsveranstaltungen sein.

b. Praxisbezogenheit

Ziel, Inhalt und Methode einer Sensibilisierungsmassnahme muss sich am Praxisumfeld der Adressaten orientieren, damit die Massnahme erfolgreich ist. Beispielsweise ist eine ausschliesslich intellektuelle Reflexion zum Thema Rassismus und Diskriminierung bei Berufsgruppen, die in ihrem Alltag zwischenmenschliche Konflikte rasch lösen müssen (z.B. Polizist_innen, Lehrer_innen, Fachkräfte der Sozialen Arbeit etc.) kaum hilfreich.

c. Bewusste Wahl der Handlungsebene(n)

Sensibilisierungsmassnahmen sollten sich gezielt auf eine oder mehrere der drei möglichen Handlungsebenen ausrichten (Ermächtigung von Betroffenen, Gestaltung von Entscheidungen, Gestaltung von Verhältnissen). Die Wahl der Handlungsebene hängt letztlich vom Problem und des Ziels der Sensibilisierung ab:

- Geht es etwa darum, Ausländer_innen über ihre Rechte zu sensibilisieren, zielt die Sensibilisierung auf die Ermächtigung von Betroffenen ab.
- Geht es jedoch darum, den Personaldienst eines Unternehmens so zu sensibilisieren, damit dieser in die Lage versetzt wird, die Auswahl von Lernenden nach nicht-diskriminierenden Kriterien sicherzustellen, zielt die Sensibilisierungsmassnahme auf die Ebene der Gestaltung von Entscheidungen.
- Handelt es hingegen um eine Sensibilisierungsmassnahme, die beispielsweise das Wissen der Polizei über Menschen mit Migrationshintergrund erhöhen soll, muss die Sensibilisierungsmassnahme sowohl auf die Gestaltung von Entscheidungen als auch auf die Gestaltung von Verhältnissen (etwa pluralistische Zusammensetzung der Polizei) ausgerichtet sein.

Der bewusste Fokus auf eine Handlungsebene (oder allenfalls mehrere Handlungsebenen) ist deshalb zentral, weil er Auswirkungen auf Inhalt, Aufbau und Methodik von Sensibilisierungsmassnahmen und auf die Wahl der Sensibilisierungsinstrumente hat. Geht es im Rahmen einer Sensibilisierungsmassnahme beispielsweise vorwiegend um eine Ermächtigung von Diskriminierungs-betroffenen, ist es kaum dienlich, wenn ein grosser Teil des Inhaltes sich der Übermittlung von Formen rassistischer Diskriminierung widmet, vielmehr sollte der Inhalt auf praktische Tipps ausgerichtet sein, wie mit Diskriminierung umzugehen ist.

4. Vernetzung

Ein gewichtiger Faktor einer effektiven Diskriminierungsschutzpolitik ist der Erfolg bei der Absicherung und beim Ausbau von Know-how und insbesondere bei dessen strategischer und operativer Mobilisierung. Aus netzwerktheoretischer Perspektive bedarf es hierfür der wirksamen Vernetzung derjenigen Akteure, die für die Absicherung, den Ausbau und die strategische und operative Mobilisierung von Know-how im Bereich des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung zuständig sind. Zu diesen Akteuren gehören einerseits die Antidiskriminierungs-Spezialist_innen aus Zivilgesellschaft, Politik und Wissenschaft und andererseits die Regelstruktur-Spezialist_innen aus Politik, Zivilgesellschaft, Wirtschaft und Wissenschaft. Gelingt es der kantonalen bzw. kommunalen Politik, alle Akteure zusammenzubringen, so dass sie gemeinsam Problemfelder analysieren und sich über deren Bewältigung austauschen, leistet sie einen massgeblichen Beitrag in der Umsetzung des Auftrages des Integrationsgesetzes.

Daher sollten Kanton und Gemeinden im Rahmen ihrer Politik zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung darauf achten, einen wesentlichen Teil ihrer Ressourcen in die problem- und lösungsorientierte Vernetzungsarbeit zu investieren. Problemorientiert heisst, dass er die Vernetzung nicht willkürlich vornimmt, sondern auf der Grundlage konkreter Probleme organisiert. Lösungsorientiert heisst, dass er die Vernetzung hinsichtlich der Erarbeitung einer konkreten Lösung realisierten sollte. Zusammenfassend gedacht bedeutet dies, dass nicht irgendwelche Akteure zum Thema Diskriminierung vernetzt werden, sondern dass:

- erstens ein Problem definiert wird,
- zweitens geprüft wird, wer zur Problemlösung etwas beitragen kann,
- drittens Problem und Problemlösung Ziel der Vernetzung sind, und
- viertens zur Vernetzung gezielt diejenigen Akteure eingeladen werden, die für die Lösung des Problems relevant sind.

Sind beispielsweise schwache Beratungsstrukturen eines der Probleme, sollte vorab eine vernetzte und interdisziplinäre Analyse des Problems vorgenommen werden. Hierfür braucht es einen Austausch derjenigen Akteure, welche die Beratungslandschaft kennen. Kommt man danach beispielsweise zum Schluss, dass das Problem an der Hochschwelligkeit der Beratungsstellen liegt, sollte geklärt werden, wie Niedrigschwelligkeit erreicht werden kann. Hierfür braucht es die Erarbeitung eines Kriterienkatalogs für die Niedrigschwelligkeit. Sind die Kriterien schliesslich definiert, wäre zu prüfen, wie diese umzusetzen sind.

5. Öffnung der Institutionen

Der Prozess der Öffnung der Institutionen sollte sich ebenso wie die anderen Massnahmen auf eine rechtliche Steuerung stützen können. Diese Steuerungsfunktion beschränkt sich nicht nur auf die Definition, Koordination und Kontrolle, sondern ist zentrale Motivatorin und inhaltliche Impulsgeberin. Das in den Vereinigten Staaten von Amerika erstmals entwickelte Konzept der « Diversity » wurde zu Beginn als Weiterentwicklung der in Verruf geratene Affirmative Action verstanden und war in erster Linie eine Reaktion auf die strenge Gesetzgebung und die entsprechend stark sanktionierende Antidiskriminierungsrechtsprechung.

Im Zentrum der Idee der Öffnung der Institutionen steht die Erweiterung der Vorstellungen von der Gleichwertigkeit von Differenz; d.h. der Blickwinkel geht weg vom Fokus auf « Problemgruppen », die man integrieren muss, hin zum Ideal einer Belegschaft und zu Dienstleistungen, die sich generell durch Unterschiedlichkeit auszeichnen¹¹⁵⁵. Wichtig ist, dass die rechtlichen Grundlagen die « Norm » in der Organisation antasten. Die Institutionen sollten nicht länger auf Gleichheit im Sinne der Anpassung an eine Norm drängen, sondern auf Gleichheit im Sinne der Wertschätzung des Individuums. Im Mittelpunkt von Programmen der Öffnung von Institutionen stehen also nicht kompensatorische Massnahmen im Hinblick auf bestimmte Gruppen, sondern die Chancen des Einzelnen, sein Potential gleich wie alle anderen auszuschöpfen¹¹⁵⁶. Der Prozess umfasst in erster Linie Massnahmen zur Gestaltung von Verhältnissen, die letztlich auch Massnahmen der Ermächtigung und Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen tangieren.

Der so bezeichnete Prozess der interkulturellen Öffnung der Institutionen bezweckt in Anlehnung an das von MARK TERKESSIDIS in Anlehnung an Gilles Deleuze und Félix Guattari¹¹⁵⁷ entwickelte Konzept « Interkultur » nicht etwa ausschliesslich die Eingliederung von Minderheiten in bestehende Institutionen oder Hinzuaddierung einfach neuer Politiken, sondern es geht vielmehr darum, « den Kern der Institutionen zu befragen, sie daraufhin abzuklopfen, ob die Räume, die Leitideen, die Regeln, die Routinen, die Führungsstile, die Ressourcenverteilungen sowie die Kommunikation nach aussen im Hinblick auf die Vielheit gerecht und effektiv sind »¹¹⁵⁸. Weil Vielheit Tatsache ist, und weil jeder Einzelne dieser Vielheit den Anspruch auf Nichtdiskriminierung hat und in gewissem Masse auch einen « Anspruch » auf programmatisch ausgerichtete Politiken zur Beseitigung struktureller Diskriminierung, sollte aus Effektivitätsüberlegungen heraus die Vielheit als solche als Quelle der Erneuerung im Zentrum stehen.

¹¹⁵⁵ THOMAS, *Managing of Diversity*, S. 27.

¹¹⁵⁶ TERKESSIDIS, *Interkultur*, S. 139.

¹¹⁵⁷ DELEUZE/GUATTARI, *Tausend Plateaus*, Berlin 1992, S. 324f.

¹¹⁵⁸ TERKESSIDIS, *Interkultur*, S. 132.

« Die interkulturelle Öffnung beschreibt die Inhalte und Ziele, die gesamtgesellschaftlich sowie in Teilbereichen der Gesellschaft notwendig sind, um eine Einwanderungsgesellschaft zu gestalten. Die Menschen in der Schweiz können sich darauf verlassen, dass der Zugang zu den unterschiedlichsten Bereichen des gesellschaftlichen Lebens und der Arbeitswelt sowie den Dienststellen der Verwaltung jedem gleichberechtigt möglich ist, unabhängig von seiner kulturellen Prägung aufgrund von Herkunft, religiöser oder weltanschaulicher Überzeugung, individueller Lebenseinstellung und Lebensweise. » (Terkessidis)

TERKESSIDIS schlägt in seiner Studie daher ein Modell vor, das dafür sorgt, dass die Institutionen sich so verändern, dass sie den Individuen, egal welche Unterschiede sie mitbringen oder ihnen zugeschrieben werden, Barrierefreiheit ermöglichen. Das Konzept weist im Besonderen auf die Mehrdimensionalität und Intersektionalität hin, an der sich der Prozess der interkulturellen Öffnung der Institutionen orientieren muss.

So ist Barrierefreiheit für eine bildungsferne Frau aus einer Landregion in Simbabwe eine andere als diejenige eines gebildeten Mannes aus einer Stadt desselben Landes – auch wenn man hier darauf achten muss, nicht in die Falle der Kategorisierung zu tappen. Die Situation verändert sich erneut, wenn es sich um eine gehörlose Person oder eine Rollstuhlfahrerin bzw. einen Rollstuhlfahrer handelt.

Daher wirf für die Herstellung von Barrierefreiheit in viererlei Hinsicht eine Veränderung der Institutionen benötigt. Dazu gehören:

- die Kultur der Institutionen (Verfassung, Regeln und Normen),
- der Personalbestand,
- der materielle Bestand,
- die grundsätzliche Ausrichtung der Strategien der Institutionen.

Nach HANSPETER FENT erzielt die interkulturelle Öffnung einer Organisation Wirkung, wenn sie « ihr Selbstverständnis ihre Strukturen sowie ihre Art der Zweckerfüllung hinterfragen und ihre Mitarbeitenden sowie Anspruchsgruppen am Prozess partizipieren lassen muss »¹¹⁵⁹. Fent betont fünf Aspekte, die bei der Umsetzung von Projekten der Öffnung der Institutionen zentral sind:

- Der Anlass eines Projektes soll ein konkretes Problem sein;

¹¹⁵⁹ FENT, Diskriminierungsschutz – (k-)jein Problem!?, Referat, gehalten am Arbeitstreffen der KID-Ost vom 23.02.2011, auffindbar unter: http://www.tikk.ch/download/43/page/15184_dl_referat%20kid_hanspeter%20fent%20.pdf (Zugriff: 13. April 2011).

- Die politische Führung muss für das Vorhaben einstehen und sich selbst daran beteiligen;
- Die Mitarbeitenden müssen für sich selbst einen direkten Nutzen erkennen können;
- Ausländer_innen müssen als gleichwertig Beteiligte mit einbezogen werden;
- Eine neutrale Projektbegleitung ist sinnvoll.

5.1 Qualitätskriterien

a. Inklusive Institutionen

Im Mittelpunkt der Zielsetzung steht, die Positionen und Wissensbestände des betreffenden Personals in den Fokus zu rücken, d.h. nicht um etwas über die anderen zu lernen, sondern « etwas zu verlernen oder bewusst zu ‚entlernen‘ – nämlich die eigenen Bestände an ‚rassistischem Wissen‘ oder die eigene ‚kulturellen Kurzschlüsse‘ », Essentialismen, Naturalisierungen, auf Stereotypen fussende Kategorisierungen und Vorurteile, und so auch « deutlich werden, dass die eigene Position gegenüber den anderen keineswegs objektiv ist ». So geht es wie überall nicht um eine Fürsorge gegenüber dem nicht angepassten « Fremden » bzw. um deren Anpassung und Assimilation an die hiesigen Verhältnisse, an das « Wir », sondern um ein gemeinsames Denken der Institutionen und inklusives bzw. alle Individuen integrierenden Ausrichten der Dienstleistungen. In der Sprache der Disability-Studies klingt dies etwa so, dass es nicht darum gehen kann, dass sich der Gehörlose / bzw. der Blinde halt mehr Mühe geben soll, die Lippen des Gegenübers präziser zu studieren / bzw. besser hinzusehen – oder einfacher: jetzt halt in einer Behinderertenwerkstatt angepasst und gefälligst zufrieden werkeln soll –, sondern darum, über einen Gebärdendolmetscher zu sprechen / bzw. das Schaubild an einer Teamsitzung zu verbalisieren, damit es der Gehörlose hört / bzw. der Blinde sieht.

b. Para-institutionell

Der Prozess der institutionellen Öffnung beschränkt sich nicht ausschliesslich auf die Kerninstitutionen Soziales, Gesundheit, Schule und Sicherheit. Vielmehr erstreckt er sich auf alle Institutionen, so etwa auch solchen, die dem Freizeitbereich zuzuordnen sind wie z.B. Museen und Theater.

c. Mit den Leuten und nicht gegen sie

Der Prozess der interkulturellen Öffnung lässt sich nicht an den Menschen vorbei realisieren. Eine der grössten Herausforderung ist es, dass der Prozess gemeinsam mit der Belegschaft und den Kund_innen der Institution realisiert wird. Am Anfang eines Projektes geht es denn auch darum, in der Organisation ein Bewusstsein für die Relevanz zu schaffen.

So lässt sich beispielsweise eine Schulung der Polizei zum Thema Migration und Rassismus nur dann erfolgreich realisieren, wenn sich der Kurs an den Bedürfnissen der Teilnehmer_innen orientiert, indem diese bei ihren Herausforderungen des Alltages abgeholt werden und aufgezeigt wird, weshalb sich eine Auseinandersetzung mit dem Thema Rassismus lohnt. Anhand des Beispiels der Polizeiarbeit heisst dies. Wenn sich ein Polizist mit der Frage des Rassismus in der Polizeiarbeit befasst, kann er sich besser gegen Rassismuskorruptionen schützen. Auch wird er in die Lage versetzt, gegenüber anderen Polizeikolleg_innen und Vorgesetzten Missstände zu kommunizieren und agiert selbstbewusster und professioneller.

d. Handlungsorientierung

Projekte zur Öffnung der Institutionen sind handlungsgeleitet und nicht theoretisch. Gemeinsam erarbeitetes und erlerntes Wissen sollte eintrainiert und anhand konkreter Handlungsanweisungen dokumentiert werden.

6. Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion

Das Integrationsgesetz bietet eine genügende Grundlage für eine breite und zielführende Ausrichtung administrativer Fördermassnahmen. Damit der in Art. 1 lit. g verankerte Zweck des Integrationsgesetzes, « Diskriminierungen aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft zu verhindern und zu beseitigen », möglichst wirksam umgesetzt werden kann, bedarf es einer bewussten Aufstellung administrativer Fördermassnahmen. Diese sind an verschiedene Adressaten zu richten, bedienen sich allen drei Handlungsinstrumenten der Sensibilisierung, Prävention und Beratung/Intervention und orientieren sich auf alle drei Handlungsebenen, namentlich die Ermächtigung von Betroffenen, die Gestaltung von Entscheidungen und die Gestaltung von Verhältnissen.

J. Öffentliches Beschaffungswesen: Leistungseinkauf gegen Gleichstellung

Diskriminierungsschutz und das öffentliche Auftragswesen unterliegen unterschiedlichen Zielprioritäten. So untersteht das öffentliche Vergaberecht dem Gebot der ökonomischen Effizienz und nicht – zumindest nicht historisch und prioritär – dem sozialstaatlichen Gebot der Gerechtigkeit und der Chancengleichheit. Dennoch bietet sich auch das öffentliche Vergaberecht an, Nichtdiskriminierungs- und Gleichstellungsanliegen aktiv zu verfolgen und zu verwirklichen; dies natürlich ausschliesslich im Rahmen rechtlicher Rahmenbedingungen. Gerade auf vergaberechtlicher Ebene hat das Recht ein durchaus beachtliches Steuerungspotential mit relativer Breitenwirksamkeit. Diskriminierungsschutz- und gleichstellungsrechtliche Massnahmen, die über Anreize des öffentlichen Beschaffungswesens mobilisiert werden sollen, haben denn auch grundsätzliche Vorteile im Vergleich zum Privat- und Strafrecht. Denn sie zielen auf strukturelle Veränderungen zur Verhinderung individueller Diskriminierungen, während privat- und strafrechtliche Diskriminierungsverbote eine kurative bzw. repressive Intention aufweisen.

1. Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG)

Ein geeignetes Instrument zur Verankerung antidiskriminierungsrechtlicher Massnahmen ist das kantonale Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG). Gleichstellungsrechtliche Massnahmen sind dem Gesetz denn auch nicht fremd – so sieht dieses in Art. 8 Abs. 1 lit. d ÖBG ein Recht der Auftraggeberin oder der Auftraggeber gegenüber der Zuschlagsempfängerin oder des Zuschlagsempfängers vor, die Zuschlagsverfügung zu widerrufen, wenn diese(r) dem Personal nicht Arbeitsbedingungen bietet, welche namentlich hinsichtlich Entlohnung, Lohngleichheit für Mann und Frau sowie Sozialleistungen der Gesetzgebung und dem Gesamtarbeitsvertrag der Branche entsprechen. In schwer wiegenden Fällen kann die Zuschlagsempfängerin bzw. der Zuschlagsempfänger gar für eine Dauer von bis zu fünf Jahren von künftigen Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (Art. 8 Abs. 2 ÖBG).

Die entsprechenden Regeln liessen sich ohne weiteres auf die Thematik der (ein- oder mehrdimensionalen) ethnisch-kulturellen Diskriminierung ausweiten. So wäre etwa die folgende Anpassung des ÖBG denkbar:

Art. 8 ÖBG

Sanktionen

¹ d das Personal wegen der nationalen Herkunft, der « Rasse », der Ethnie, der Religion diskriminiert, ...

Weiter liesse sich ein entsprechendes Diskriminierungsverbot auch auf die Beziehung zwischen dem Zuschlagsnehmer und seinen Geschäftspartner_innen ausweisen. Dies hätte ein Widerrufsrecht zur Folge, wenn der Zuschlagsnehmer einen Kunden oder eine Kundin im Rahmen eines Vertragsverhältnisses diskriminiert würde.

Art. 8 ÖBG

Sanktionen

¹ j die Kundschaft bei der Leistungserbringung diskriminiert.

Schliesslich ist es empfehlenswert zu prüfen, ob die Leistungsempfänger_innen gesetzlich bzw. vertraglich zum Ergreifen von Fördermassnahmen zu verpflichtet sind, so insbesondere hinsichtlich der verbesserten interkulturellen Öffnung des leistungsempfangenden Unternehmens.

Art. 8 ÖBG

Sanktionen

³ Die Zuschlagsempfängerin oder der Zuschlagsempfänger ist verpflichtet, angemessene Massnahmen zur Anstellung von im Unternehmen proportional untervertretenen Bevölkerungsgruppen zu ergreifen.

2. Anregungen aus den USA; Grossbritannien, Schweden, Österreich und der Stadt Zürich¹¹⁶⁰

2.1 USA: « contract compliance »

« In den USA sahen bereits in den 60er-Jahren bundesstaatliche Regeln den Schutz vor Diskriminierungen im Vergabeverfahren vor, die mit der Kündigung durch den Auftraggeber oder mit dem künftigen Ausschluss von Vergabeverfahren sanktioniert werden¹¹⁶¹. Später kamen dazu positive Massnahmen oder Fördermassnahmen („affirmative action“), die sowohl ‚Quoten‘ als auch Bildungsprogramme für Vielfalt („diversity“) etc. beinhalten können.

Das hier interessierende Instrument amerikanischen Gleichstellungsrechts ist die ‚contract compliance‘. Dabei geht es um die Einhaltung vertraglicher Bedingungen, hier um die Durchführung positiver Massnahmen zugunsten der Gleichstellung durch Auftragnehmer. Alle Unternehmen, die den Zuschlag zu einem öffentlichen Auftrag erhalten, dessen Wert 10.000 Dollar im Jahr übersteigt, verpflichten sich mit dem Vertragsabschluss, mit Blick auf das Personal niemanden auf Grund der ‚race‘, Hautfarbe, Religion, des Geschlechts oder der nationalen Herkunft zu diskriminieren¹¹⁶². Darüber hinaus müssen Auftragnehmer und auch Subunternehmer im Rahmen eines öffentlich vergebenen Dienstleistungs- oder Liefervertrages mit einem jährlichen Auftragsvolumen von mehr als 50'000 Dollar oder mit mehr als 50 Beschäftigten einen Gleichstellungsplan entwickeln, der gleiche Arbeitsmöglichkeiten für Angehörige von Minderheiten und für Männer und Frauen sicherstellt¹¹⁶³; daneben gibt es Gleichstellungsvorgaben zugunsten von Menschen mit Behinderungen¹¹⁶⁴. Die Einhaltung dieser Vertragsbedingungen wird durch das federal Office for Contract Compliance¹¹⁶⁵ kontrolliert. »

Eine Studie für die Regierung belegt, dass dieses Instrument der gleichstellungsorientierten Vertragsgestaltung sehr effektiv ist. Darin wird argumentiert, dass gerade die Verknüpfung von öffentlicher Auftragsvergabe mit der Antidiskriminierungsgesetzgebung jahrzehntelang bestehende Diskriminierungs-

¹¹⁶⁰ Der folgende Text wurde übersetzt in Baer/Ölcüm, Diskriminierungsschutz im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe, Gutachten im Auftrag der Landesstelle für Gleichbehandlung und gegen Diskriminierung (Antidiskriminierungsstelle) Berlin, 2008, auffindbar unter:
http://www.berlin.de/imperia/md/content/lb_ads/lads_gutachten_vergabe.pdf?start&ts=1302522542&file=lads_gutachten_vergabe.pdf (Zugriff: 21. April 2011).

¹¹⁶¹ Diesem Beispiel folgten dann auch andere Länder, wie z.B. Australien, vgl. hierzu MCCRUDDEN, Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change, Oxford, S. 6ff.

¹¹⁶² <http://www.dol.gov/compliance/guide/discrim.htm>; <http://www.dol.gov/compliance/guide/dscrcon.htm> (Zugriff: 2. November 2010).

¹¹⁶³ <http://www.dol.gov/compliance/topics/eeo.htm> (Zugriff: 2. November 2010).

¹¹⁶⁴ <http://www.dol.gov/compliance/guide/503.htm> (Zugriff: 2. November 2010).

¹¹⁶⁵ <http://www.dol.gov/esa/ofccp/> (Zugriff: 2. November 2010).

strukturen zu beseitigen hilft. Gesetze allein könnten tradierte gesellschaftliche Muster nicht durchbrechen; das öffentliche Auftragswesen sei eine ergänzte Möglichkeit, um Diskriminierungsschutz tatsächlich zu erreichen und durchzusetzen¹¹⁶⁶.

2.2 Grossbritannien: « contract compliance »

« In Grossbritannien führten in den 80er-Jahren mehrere grössere Gemeinden, so auch London, dem amerikanischen Vorbild folgend das Instrument der ‚contract compliance‘ ein. Danach müssen Auftragnehmer Gewerkschaften anerkennen und Frauen sowie Minderheiten die vollen Arbeitnehmerrechte gewähren. Mit dem 1988 in Kraft getretenen Local Government Act wurde diese Vorgehensweise zunächst erschwert, da im Mittelpunkt das Wettbewerbsprinzip und das Prinzip des günstigsten Preises standen. Dies ist aber inzwischen vom ‚best value principle‘ überholt worden, nach dem auch weitergehende Kriterien als der Preis bei der Vergabeentscheidung berücksichtigt werden sollen. Lokale Auftraggeber haben jetzt einen grösseren Spielraum, neben dem Preis weitergehende Kriterien zu nutzen¹¹⁶⁷. Hierzu zählen die Ziele der Gleichstellung und Vielfalt¹¹⁶⁸.

Das Contract Compliance-Programm des Greater London Council und der Inner London Education Authority hat sich in Studie als sehr effektiv erwiesen, um Gleichstellungsmassnahmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durchzusetzen¹¹⁶⁹. Dazu kommt mittlerweile die ‚Responsible Procurement Policy‘, also die ‚verantwortliche Beschaffungspraxis‘, mit der London nachhaltige Mittelverwendung fördert, was international als beispielhaft gilt¹¹⁷⁰. In der Diskussion ist daher als Teil der Nachhaltigkeit auch die Gleichstellung. »

Im vorliegenden Zusammenhang für den Kanton Bern von besonderem Interesse ist zudem die Ausweitung auf den Bereich der ethnisch-kulturellen Diskriminierung. In Grossbritannien haben öffentliche Auftraggeber seit 2000 zudem eine durch den Race Relation (Amendment) Act 2000 (neu: Equality Act 2010) festgeschriebene Pflicht, die Gleichstellung hinsichtlich der Ethnizität zu fördern¹¹⁷¹. Dies beinhaltet

¹¹⁶⁶ Affirmative Action Review – Report to the President, 1995, online abrufbar unter: <http://clinton2.nara.gov/WH/EOP/OP/html/aa/aa-index.html> (Zugriff: 2. November 2010).

¹¹⁶⁷ Commission for Racial Equality, Public Procurement and Race Equality – Briefing for Suppliers, unter <http://www.equalityhumanrights.com> > Suppliers race equality briefing.

¹¹⁶⁸ Office of Government Commerce, Social Issues in purchasing, 2006, S. 1ff.

¹¹⁶⁹ TRAUNER/SOHLER, Betriebliche Massnahmen gegen Diskriminierung und zur Gleichstellung von Migrantinnen und ethnischen Minderheiten im europäischen Vergleich – Modellbeispiele aus der Praxis und den Ländern Grossbritannien, Belgien, Deutschland, Irland, Niederlande und Schweden, Wien, 2005, S. 50.

¹¹⁷⁰ Informationen unter <http://www.london.gov.uk/gla/tenders/docs/responsibleprocurementsummary.pdf> (Zugriff: 2. November 2010).

¹¹⁷¹ Vgl. § 19B „Discrimination by public authorities“, Race Relation (Amendment) Act 2000; Equality Act 2010.

tet die Einbeziehung von Zielen der Gleichstellung in den Vergabeprozess¹¹⁷². Hier werden Fragebögen eingesetzt, die zudem aufklärende und aktivierende Funktion haben¹¹⁷³. Sie beinhalten sehr detaillierte Fragen zur Gleichstellungspolitik der Unternehmen und Betriebe. U.a. seitens des « National Health Service » gibt es derzeit Bestrebungen, diese Pflicht auf andere Gleichstellungsdimensionen wie Alter, Behinderung und Geschlecht auszudehnen¹¹⁷⁴.

2.3 Schweden: Vertragsklauseln

« In Schweden wurde die Förderung und somit Berücksichtigungsfähigkeit von sozialen Belangen im Vergabeverfahren durch Vertragsklauseln mit der Änderung der Vergaberechtsgesetzgebung 2002 gefestigt¹¹⁷⁵. Dies stand im Zusammenhang mit einem Nationalen Aktionsplan zur Bekämpfung von Fremdenfeindlichkeit, Homophobie und Diskriminierung, den die Regierung dem schwedischen Parlament Anfang 2001 präsentiert hatte. Teil des Plans war der Vorschlag, zur Bekämpfung von Diskriminierung die Instrumente der öffentlichen Auftragsvergabe auch Antidiskriminierungsklauseln bei Verträgen von Privaten mit der öffentlichen Hand zu nutzen¹¹⁷⁶. Daraufhin beauftragte die schwedische Regierung die Nationale Behörde für Beschaffung¹¹⁷⁷ damit, eine « Muster-Antidiskriminierungsklausel » für die öffentlichen Auftraggeber als Ausführungsbedingung zu entwickeln¹¹⁷⁸. Ziel sollte die Förderung der Gleichstellung bzw. Gleichbehandlung am Arbeitsplatz in den Bereichen Geschlecht, ‚Rasse‘, Nationalität, ethnischer Herkunft sowie Religion sein. Diese Klausel präsentierte die Nationale Beschaffungsbehörde in ei-

¹¹⁷² Vgl. <http://newcastle.gov.uk/wwwfileroot/cxo/equality/Equalityinprocurement.pdf> (Zugriff: 2. November 2010).

¹¹⁷³ Beispiele für diese Fragebögen finden sich unter http://www.carrick.gov.uk/media.adobe/i/b/Equality_in_Procurement.pdf; <http://www.nottinghamshire.gov.uk/enviroenment-procure.pdf>; <http://www.calderdale.gov.uk/employment/equality-procurement/index.html>; <http://www.norfolk.police.uk/artPDF/Race%20Equality%20&%20Procurement%20Policy1.pdf> (Zugriff: 2. November 2010).

¹¹⁷⁴ Mehr dazu unter <http://www.mosaic.nhs.uk/resources/word/DH%20FAQs%.doc> (Zugriff: 2. November 2010).

¹¹⁷⁵ Vgl. Study on measures taken by municipalities and Recommendations for further action to Achieve Greater Vigilance against Racism, im Auftrag der UNESCO, Department on Social and Human Sciences, Graz, 2006, S. 73.

¹¹⁷⁶ TRAUNER/SOHLER, Betriebliche Massnahmen gegen Diskriminierung und zur Gleichstellung von MigrantInnen und ethnischen Minderheiten im europäischen Vergleich – Modellbeispiele aus der Praxis und den Ländern Grossbritannien, Belgien, Deutschland, Irland, Niederlande und Schweden, Wien, 2005, S. 187.

¹¹⁷⁷ Board for Public Procurement, vgl. Regeringsbeslut 2002-01-17 Fi2002/422.

¹¹⁷⁸ Vgl. LAPPALAINEN, Analytical Report on Legislation compiled by the National Focal Point of the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia, Wien, 2004, S. 41.

nem bericht vom Mai 2002¹¹⁷⁹. Die Vergabestellen sind an diese nicht gebunden, sondern können auch ihre Klausel entwerfen.

§ 1 der schwedischen Klausel sieht vor, dass der Auftragnehmer die schwedische Antidiskriminierungsgesetzgebung befolgt. Nach § 2 hat der Auftragnehmer hierüber Bericht zu erstatten. Mit § 3 verpflichtet er sich, auch bei Subunternehmen bzw. Lieferanten auf die Einhaltung der Massstäbe aus § 1 zu achten. § 4 hält fest, dass eine Nicht-Einhaltung dieser Klauseln eine Vertragsverletzung darstellt und zur Aufhebung des Vertrages führen kann, wenn der Auftragnehmer die Diskriminierung nicht sofort beseitigt¹¹⁸⁰.

Für die Musterklausel gilt seit 2006 zudem eine Verordnung für das Vergaberecht. Sie geht auf den Nationalen Aktionsplan 2006-2009 für Menschenrechte und gegen Diskriminierung und Rassismus zurück¹¹⁸¹. Die Verordnung bindet 30 grössere ‚state agencies‘. Sie gibt den Inhalt der vergaberechtlichen Antidiskriminierungsklauseln ebenso vor wie zulässige Sanktionen für den Fall der Nichteinhaltung¹¹⁸². »

2.4 Österreich: Vergabegesetz

« In Österreich haben Städte die Möglichkeit, die Vergabe von öffentlichen Aufträgen an bestimmte Kriterien zu knüpfen¹¹⁸³. Nach § 84 Abs. 2 Bundesvergabegesetz hat der ‚Auftragnehmer in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Erstellung des Angebots für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrags in Österreich diese Vorschriften einzuhalten‘. Zu den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften gehören auch die Regeln der Antidiskriminierung und Gleichstellung. Die Stadt Graz sieht beispielsweise vor, im Rahmen der Verpflichtung der

¹¹⁷⁹ Vgl. dazu auch European Commission, Study of the Use of Equality and Diversity Considerations in Public Procurement: Final Report, S. 59f.

¹¹⁸⁰ Vgl. KOHLROSER/PRINZL/STARL/STOCKER/THURN/VIVONA, Study on measures taken by municipalities and Recommendations for further action to Achieve Greater Vigilance against Racism, im Auftrag der UNESCO, Department on Social and Human Sciences, Graz, 2006, S. 73.

¹¹⁸¹ ATTSTRÖM, International Migration Papers (86E), Discrimination against Native Swedes of Immigrant Origin in Access to Employment, Genf, 2007, S. 7.

¹¹⁸² Vgl. Report on Racism and Xenophobia in the Member States of the EU, Agentur der EU für Grundrechte, S. 69; ERIKSSON/CAMERON/BULL, Legal Study on Homophobia and Discrimination on grounds of Sexual Orientation – Sweden, Uppsala, 2008, S. 15.

¹¹⁸³ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz – BvergG 2006, in: Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich Teil I, 2006 v. 31. Jänner 2006.

Förderung gleicher Chancen für alle gesellschaftlichen Gruppen auf dem Arbeitsmarkt Antidiskriminierungsbestimmungen in städtische Verträge und bei der Vergabe von Lizenzen aufzunehmen¹¹⁸⁴. »

2.5 Stadt Zürich: « Verhaltenskodex für VertragspartnerInnen der Stadt Zürich »

Mit dem « Beschaffungsleitbild und der Beschaffungsstrategie (...) will die Stadt Zürich einen wesentlichen Beitrag für eine nachhaltige Beschaffung leisten », dies mit dem « Anspruch, eine einheitliche und nachhaltige Beschaffungspolitik zu betreiben. (...) Er soll das Bestreben der Stadt Zürich, im wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Engagement beispielhaft zu sein, unterstützen ».

Der Verhaltenskodex verpflichtet die Vertragspartner_innen der Stadt Zürich dazu, dass am Ort der Leistungserbringung die Kernarbeitsnormen der internationalen Arbeitsorganisation (IAO) eingehalten werden, d.h. sie müssen sich u.a. an das Gebot der Nichtdiskriminierung halten.

Konkret haben sie auszuschalten: jegliche Unterscheidung, Ausschliessung oder Bevorzugung, die auf Grund der Rasse (sic), der Hautfarbe, des Geschlechts, des Glaubensbekenntnisses, der politischen Meinung, der nationalen Abstammung oder der sozialen Herkunft vorgenommen wird und die dazu führt, die Gleichheit der Gelegenheiten oder der Behandlung in Beschäftigung oder Beruf aufzuheben oder zu beeinträchtigen.

Die Vertragspartner der Stadt Zürich müssen eine Verpflichtungserklärung zur Einhaltung des Verhaltenskodex unterzeichnen, mit der sie erklären,

- dass sie/er den Verhaltenskodex der Stadt Zürich erhalten und davon Kenntnis genommen hat;
- dass sie/er den Verhaltenskodex der Stadt Zürich vollumfänglich und ohne Änderung jeglicher Art akzeptiert und einhält;
- dass sie/er mit geeigneten Massnahmen garantiert und sicherstellt, dass ihre/seine Subunternehmer und Zulieferanten (Dritte) den Verhaltenskodex der Stadt Zürich zur Kenntnis nehmen und einhalten;

¹¹⁸⁴ Zur Umsetzung des Zehn-Punkte-Aktionsplans der Stadt Graz, Europäische Städtekoalition gegen Rassismus, Gemeinderatsbeschluss vom 29.6.2006, online abrufbar unter: http://www.graz.at/cms/dokumente/10082807_410977/b6b68c05/Pr%C3%A4s%2013188_2006_5.pdf; sowie zum Inhalt des 10-Punkte-Aktionsplans, online abrufbar unter: http://www.wahlkampfbarmoeter-graz.at/cms/fileadmin/user_upload/ECCaR_10_Punkte_Aktionsplan.pdf (Zugriff: 2. November 2010).

- dass die Stadt Zürich sowie eine durch diese beauftragte externe Stelle jederzeit die Vertragspartnerin/den Vertragspartner auffordern kann, Nachweise für die Einhaltung der Bestimmungen des Verhaltenskodex vorzulegen;
- dass die Stadt Zürich sowie eine durch diese beauftragte externe Stelle die Einhaltung der Bestimmungen des Verhaltenskodex jederzeit sowohl bei der Vertragspartnerin/beim Vertragspartner als auch deren/dessen Subunternehmen und Zulieferanten (Dritte) überprüfen kann.

Bei Nichteinhaltung des Verhaltenskodex hat die Stadt Zürich das Recht, sowohl bestehende Verträge fristlos zu kündigen als auch künftige Bestellungen und Lieferungen auszusetzen. Des Weiteren kann die Stadt Zürich die Vertragspartnerin/den Vertragspartner aus allen laufenden und künftigen Vergabeverfahren für die Dauer bis zu fünf Jahren ausschliessen.

K. Subventionen: Anreizsystem für Unternehmen

Staatliche Finanzleistungen (Subventionen) sind materielle Vorteile ohne unmittelbare Gegenleistung. Aus staatlicher Perspektive bezwecken sie die Unterstützung von privaten Leistungen, die der Befriedigung öffentlicher Bedürfnisse zugute kommen. Weil der Staat Steuergelder einsetzt, hat er die Pflicht bzw. die Möglichkeit, die Rahmenbedingungen für die Finanzleistungen zu definieren, so indem er etwa auch umwelt- und sozialpolitische Anliegen sicherstellt.

Vor diesem Hintergrund wäre etwa zu prüfen, ob im Staatsbeitragsgesetz (StBG) eine Nichtdiskriminierungs- und eine Gleichstellungsklausel zu verankern sind.

Art. 7

Voraussetzungen

² Finanzhilfen dürfen nur gewährt werden, wenn zusätzlich

c. die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller gegenüber der Belegschaft und der Kundschaft den Grundsatz der Nichtdiskriminierung wahrt.

d. die Finanzhilfeempfängerin angemessene Massnahmen zur interkulturellen Öffnung ergreift. Dazu gehört beispielsweise die gezielte Rekrutierung von Personal, das in der Belegschaft untervertreten ist.

1. Beispiel 1: Finanzhilfen in der Tourismusförderung

Mit dem Tourismusentwicklungsgesetz (TEG) fördert der Kanton die Ausschöpfung und Weiterentwicklung seiner touristischen Potenziale (Art. 1 Abs. 1), strebt eine nachhaltige Entwicklung für sich und seine Regionen an (Abs. 2), setzt sich dafür ein, dass der bernische Tourismus seine Wettbewerbsfähigkeit und Wertschöpfung verbessern kann (Abs. 3) und fördert Massnahmen, die auf die Verlängerung der durchschnittlichen Aufenthaltsdauer der Gäste ausgerichtet sind (Abs. 4).

Eines der Instrumente des Kantons sind Finanzhilfen für die Markbearbeitung (Art. 2 Abs. 2 lit. a), die Förderung der Zusammenarbeit (lit. b), Qualifizierungsmassnahmen und Qualitätssicherung (lit. c), die Durchführung von Veranstaltungen (lit. d) und die Beschaffung konzeptioneller Grundlagen (lit. e).

Da es regelmässig vorkommt, dass Tourismusbetriebe vereinzelt Gäste bestimmter Herkunft oder Religionszugehörigkeit diskriminieren, wäre zu prüfen, über subventionsrechtliche Diskriminierungsverbote Anreize zu setzten, die eigene Kundschaft nicht zu diskriminieren. Konkret wäre etwa eine Ergänzung des art. 12 TEG denkbar:

Art. 12

Voraussetzungen

² Finanzhilfen können bewilligt werden, wenn

g. die Finanzhilfeempfängerin den Grundsatz der Nichtdiskriminierung wahr.

Darüber hinaus wäre zu prüfen, ob über Subventionszahlungen Anreize zum Ergreifen von Fördermassnahmen gesetzt werden sollen. Z.B.:

Art. 12

Voraussetzungen

² Finanzhilfen können bewilligt werden, wenn

h. die Finanzhilfeempfängerin angemessene Massnahmen zur interkulturellen Öffnung ergreift. Dazu gehört beispielsweise die gezielte Rekrutierung von Personal, das in der Belegschaft untervertreten ist.

2. Beispiel 2: Finanzhilfen für Privatschulen

Nach Art. 43 Abs. 2 KV können Kanton und Gemeinden an Privatschulen, die öffentliche Aufgaben erfüllen, Beiträge leisten. So sieht das kantonale Volksschulgesetz vor, dass der Kanton Beiträge an Privatschulen leisten kann, sofern diese Schülerinnen und Schüler aufnehmen, ohne sie namentlich aufgrund ihrer kulturellen oder religiösen Herkunft auszugrenzen (Art. 67 Abs. 1 lit. a VSG). Anschliessend daran wäre zu prüfen, ob die Regelung ausgeweitet wird, so etwa:

Art. 67

Beiträge

¹ Der Kanton kann Beiträge an Privatschulen leisten, sofern diese

a. Schülerinnen oder Schüler nicht aufgrund ihrer Rasse, Herkunft, ethnischen Zugehörigkeit, Religion (etc.) diskriminieren.

Prüfungswert ist auch ein umfassendes Diskriminierungsverbot in Anlehnung an das Diskriminierungsverbot in der Kantonsverfassung:

Art. 67

Beiträge

¹ Der Kanton kann Beiträge an Privatschulen leisten, sofern diese

- a. Schülerinnen oder Schüler nicht diskriminieren, insbesondere aufgrund von Rasse, Hautfarbe, Sprache, Herkunft, Lebensform, politischer oder religiöser Überzeugung, der sozialen Stellung oder einer Behinderung.

Schliesslich ist zu prüfen, ob die Subventionsempfänger_innen gesetzlich bzw. vertraglich zum Ergreifen von Fördermassnahmen zu verpflichten sind, so insbesondere hinsichtlich der verbesserten interkulturellen Öffnung des subventionsempfangenden Schule.

Art. 67

Beiträge

² Beiträge werden nur an Privatschulen gewährt, die

- c. angemessene Massnahmen ergreifen zur interkulturellen Öffnung.

3. Beispiel 3: Finanzhilfen zur Förderung des preisgünstigen Mietwohnungsbaus

Der Kanton fördert das Angebot an preisgünstigen Mietwohnungen. Zu diesem Zweck unterstützt er auf der Grundlage des Gesetzes über die Förderung des preisgünstigen Mietwohnungsangebotes (PMG) die Träger des gemeinnützigen Wohnungsbaus bei der Entwicklung von Projekten. Er gewährt Finanzhilfen für Konzepte, Machbarkeitsstudien, Organisationsentwicklungen und Standortevaluationen (Art. 2 Abs. 1). Weiter kann er einer oder mehreren Fachorganisationen des gemeinnützigen Wohnungsbaus jährlich wiederkehrende Finanzhilfen von insgesamt höchstens 100'000 Franken gewähren für die Entwicklung von Projekten, Vorbereitung und Begleitung von Organisationsentwicklungen, Beratung und Unterstützung der gemeinnützigen Wohnbauträger (Abs. 2)

Auch hier besteht wie bei den zwei Vorgängerbeispielen die Möglichkeit, über Subventionszahlungen auch Diskriminierungsschutz- und Gleichstellungsanliegen durchzusetzen. Konkret wäre z.B. in Art. 3 PMG entsprechend zu ergänzen:

Art. 3

Voraussetzungen der Finanzhilfen

² Finanzhilfen können bewilligt werden, wenn

- e. die Finanzhilfeempfängerin den Grundsatz der Nichtdiskriminierung wahr.
- f. die Finanzhilfeempfängerin angemessene Massnahmen zur interkulturellen Öffnung ergreift.

4. Beispiel 4: Finanzhilfen für private Mittelschulen

Der Kanton kann Beiträge an Bildungsgänge und Ausbildungsabschlüsse privater Anbieter leisten, sofern die Ausbildungsabschlüsse kantonal anerkannt sind und Gewähr für das Einhalten der Qualitätsvorgaben besteht (Art. 49 Abs. 1). Weiter kann der Kanton Beiträge an spezielle Bildungsgänge privater Anbieter leisten, die auf bestimmte Hochschulstudiengänge vorbereiten, sofern die kantonalen Vorgaben eingehalten werden (Art. 50 Abs. 1). Weiter können Beiträge gesprochen werden für allgemein bildende Bildungsgänge der Sekundarstufe II, sofern sie im Interesse der Erhöhung der Wirtschaftskraft des Kantons geführt werden und einen international anerkannten Abschluss ermöglichen (Art. 50 Abs. 2). Schliesslich kann der Kanton weitere Bildungsbestrebungen wie Pilotprojekte, Massnahmen zur Bildungs- und Qualitätsentwicklung, besondere Veranstaltungen im Rahmen des Lehrplans, kulturelle Veranstaltungen von und für Schulen und die Information und Dokumentation mit Beiträgen unterstützen (Art. 50 Abs 3).

Auch hier besteht die Möglichkeit, über Subventionszahlungen Diskriminierungsschutz- und Gleichstellungsanliegen durchzusetzen.

5. Anregung aus dem Kanton Neuenburg

Das im Kanton Neuenburg geschaffene loi sur les structures d'accueil de la petite enfance macht die Einräumung von Subventionen von öffentlichen und privaten Anbietern von Kinderbetriebsdienstleistungen im Vorschulalter von der Wahrnehmung bestimmter gesetzlicher Anforderungen abhängig (Art. 5). In den Genuss von Subventionen können nur Kinderbetriebsstrukturen kommen die « sont ouvertes tous les enfants, sans discriminations » (Art. 2 lit. b).

Teil 3. Institutionen (Massnahmenbereich III)

Eine wirksame Umsetzung diskriminierungsschutzrechtlicher Massnahmen setzt eine nachhaltige institutionelle Absicherung voraus:

So hängt die Wirksamkeit von rechtlichen Diskriminierungsverboten davon ab, ob es dem Staat gelingt, über institutionelle Strukturen die Befolgung, Mobilisierung, Sanktionierung und den Vollzug zu mobilisieren – etwa durch Information und Sensibilisierung über private Anlauf- und Beratungsstellen oder spezialisierte staatliche oder zwischenstaatliche Institutionen; oder durch Vermittlung, Schlichtung und Sanktionierung über spezialisierte Stellen und Gerichte.

Weiter setzt die Wirksamkeit von Privilegierungen voraus, dass diese angemessen konzipiert, angewendet, die entsprechende Anwendung kontrolliert und bei Nichtanwendung sanktioniert werden. Auch hierfür

braucht es entsprechende Institutionen, die Privilegierungsmassnahmen formulieren, die Umsetzung gewährleisten bzw. die Kontrolle und Sanktion ausüben.

Schliesslich benötigen administrative Fördermassnahmen ebenso wie Privilegierungen institutionelle Mechanismen. So sind Massnahmen in den Bereichen Information, Sensibilisierung, Vernetzung, Beratung und Öffnung der Institutionen massgeblich vom Engagement privater, staatlicher und zwischenstaatlicher Institutionen abhängig.

Die institutionelle Absicherung der Antidiskriminierungsarbeit ist auf kantonaler und kommunaler noch nicht etabliert, sondern überwiegend schwach aufgestellt. Der Grund dafür liegt in der politischen Marginalisierung: gerade weil Antidiskriminierungsarbeit die Interessen der weniger machtvollen Gesellschaftsteile vertreten soll – und nicht diejenigen von der Mehrheitsgesellschaft –, ist es schwierig, institutionell wirkmächtige Massnahmen zu verankern. Erfahrungswerte zeigen, dass auch schwach dotierte Institutionen gegen Diskriminierung – wie etwa die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR – von einer Gesellschaft nicht immer ganz einfach zu ertragen sind, denn sie hinterfragen Identitäten, machtvolle Strukturen und eingefahrene, all zu bequeme Normen.

Im Fokus des Teil 3 stehen die sogenannten spezialisierten Stellen, die auf allgemeiner Ebene der Förderung der Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung dienlich sind. Aus grund- und menschenrechtlicher Perspektive sind drei Typen von Institutionen notwendig, damit Diskriminierung wirksam bekämpft werden kann.

- *Staatliche Institutionen*, die für die Politikformulierung, deren Gewährleistung und die Kontrolle der Umsetzung verantwortlich sind. Weiter sind sie in ihrem Kompetenzbereich für die Umsetzung der konkreten Antidiskriminierungsmassnahmen zuständig, so insbesondere für die Durchsetzung von Diskriminierungsverboten sowie Fördermassnahmen (Öffnung der Institutionen).
- *Private Institutionen*, die für die Umsetzung der konkreten Antidiskriminierungsmassnahmen zuständig sind. Dazu gehören in erster Linie weiche Fördermassnahmen wie Information, Sensibilisierung, Prävention, Vernetzung und Beratung.
- *Zwischenstaatliche, unabhängige Institutionen*, die für die unabhängige Gesellschaftsbeobachtung und kritische Politikberatung die Verantwortung tragen.

L. Staatliche Institutionen: Politikformulierung, -gewährleistung, -controlling

Bei der Zuweisung und Erfüllung staatlicher Aufgaben ist der Grundsatz der Subsidiarität zu beachten (Art. 5a BV). Auf den Diskriminierungsschutz bezogen sagt dieser, dass der Kanton den Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung so organisieren soll, dass er in erster Linie die Zivilgesellschaft in der Umsetzung von Antidiskriminierungsprojekten unterstützt. Zwar ist die staatliche Verantwortung im Diskriminierungsschutz genügend nachgewiesen, hingegen beschränkt sich diese auf die Politikformulierung, die Gewährleistung und die Kontrolle. Darüber hinaus trägt er die Verantwortung, im eigenen Zuständigkeitsbereich die Durchsetzung rechtlicher Diskriminierungsverbote zu gewährleisten und die Institutionen zu öffnen.

Die Aufgabe staatlicher Antidiskriminierungsinstitutionen ist einerseits, eine Politik der Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung zu formulieren, d.h. die entsprechenden gesetzgeberischen und strategischen Rahmenbedingungen zu definieren. In einem zweiten Schritt haben sie die Aufgabe, die Umsetzung der Politik über administrative Massnahmen zu gewährleisten, konkret hat er die Sensibilisierungs-, Präventions- und Interventionsstrukturen zu fördern, das Know-how zur Ausübung zu gewährleisten und die dafür notwendige Koordination und Vernetzung zwischen den Akteuren zu garantieren. Weiter ist der Kanton Bern gehalten, ein entsprechendes Politik-Controlling vorzunehmen, d.h. zu überprüfen, ob die Sensibilisierungs-, Präventions- und Beratungs-/Interventionsmassnahmen im Sinne der Strategie bzw. Massnahmenpläne greifen. Schliesslich sind bei allfälligen Defiziten Korrekturmassnahmen einzuleiten.

Gemäss VE-IntG sind der Kanton und die Gemeinden verpflichtet, Massnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung aufgrund der ethnisch-kulturellen Herkunft einer Person zu ergreifen (Art. 15 Abs. 1 IntG), so etwa indem sie gezielte Öffentlichkeits- und Sensibilisierungsarbeit anbieten (Art. 15 Abs. 2 IntG). Dies bedeutet nicht, dass Kanton und Gemeinden die entsprechenden Leistungen selbst erbringen müssen; so betont Absatz 2 von Artikel 15 auch die Kooperation mit anderen öffentlichen und privaten Einrichtungen. Vielmehr ist es aufgrund des Subsidiaritätsprinzips und des optimalen Einsatzes begrenzter Ressourcen ratsam, dass sich die staatlichen Institutionen auf die Gewährleistung einer wirksamen Antidiskriminierungspolitik konzentrieren.

Damit er diese Aufgabe erfüllen kann, benötigt er Institutionen, die dafür verantwortlich sind, d.h. mit einem konkreten politischen Auftrag und genügenden Ressourcen ausgestattet werden. Dabei stehen gemäss Integrationsgesetz zwei Institutionen im Vordergrund. Einerseits ist dies eine zentrale Fachstelle, welche die Massnahmen koordiniert. Konkret soll diese Aufgabe der Fachstelle für die Integration übertragen werden. Wichtig ist dabei, dass darauf geachtet wird, dass sie mit genügenden Ressourcen ausge-

stattet wird. Weiter ist es notwendig, auch in den Regelstrukturen Fachstellen zu schaffen, die für die direktionsinterne Politikformulierung und -umsetzung zuständig sind¹¹⁸⁵.

1. Fachstelle des Kantons

Die spezialisierte Fachstelle zur Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierung im Kanton Bern (Fachstelle für die Integration) hat vier zentrale Funktionen:

- Erstens ist sie der fachliche Motor der Politikformulierung und –reformulierung;
- zweitens hat sie die Funktion, die internen Umsetzungsmassnahmen zu koordinieren;
- drittens ist ihre Aufgabe, als Bindeglied zwischen internen Strukturen und externen Strukturen zu fungieren und entsprechend Know-how zu transferieren;
- viertens setzt sie die inhaltliche Arbeit subsidiär (sowohl gegen innen als auch aussen) um, wenn dies notwendig ist.

Die Aufgabe der *Politikformulierung und -reformulierung* umfasst einerseits die fachliche Schlüsselverantwortung für die Formulierung der strategischen und konzeptionellen Arbeit – Art. 16 IntG spricht von Leitbild (Abs. 1) und Massnahmenplänen (Abs. 2). Andererseits umfasst diese Funktion die Aufgabe des Politik-Controllings, d.h. der regelmässigen Evaluation der strategischen und konzeptionellen Arbeit sowie – falls notwendig – deren Anpassung (s. Art. 17 Abs. 2). Denkbar ist hier etwa eine Evaluation und Reformulierung gemäss Legislaturzyklus alle vier Jahre.

Die Aufgabe der *internen Koordination der Umsetzung der strategischen und konzeptionellen Arbeit* umfasst einerseits den proaktiven Anstoss der Umsetzungsmassnahmen bei den jeweiligen internen und externen Akteuren (s. hierzu insb. Art. 17 Abs. 4 IntG). Gegen innen bedeutet dies den Anstoss der Spezifizierung der Massnahmen für die jeweiligen Direktionen und die fachliche Unterstützung. Gegen aussen ist sie verantwortlich für die Formulierung von Leistungsaufträgen bzw. die entsprechende Koordination der Vergabe von Leistungsaufträgen an private Akteure, sowie deren Controlling.

Die Aufgabe des *Bindesgledes gegen aussen und innen* umfasst die Aufgabe einer reaktiven und proaktiven Stelle für fachliche Fragen zum Thema. Einerseits ist die Fachstelle Anlaufstelle für die Direktionen, die Gemeinden, den Bund und die Zivilgesellschaft für sämtliche Fragen zum Thema ethnisch-kulturelle Diskriminierung; sie bearbeitet die Anfragen entweder eigenständig oder übernimmt die Triageverantwortung. Andererseits umfasst die Bindeglied-Funktion auch die Aufgabe, proaktiv den Akteu-

¹¹⁸⁵ Vgl. hierzu auch Art. 18 IntG.

ren notwendiges Know-how zum Thema des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung zu vermitteln.

Die Aufgabe der *subsidiären Facharbeit* umfasst die Übernahme derjenigen Aufgaben im Bereich Sensibilisierung, Prävention und Beratung/Intervention, die von der Zivilgesellschaft und den Regelstrukturen nicht übernommen werden können bzw. sollten. Dies bedeutet einerseits das Zur-Verfügung-Stellen von Basisinformationen für innen und aussen auf den verschiedenen Informationskanälen (wie z.B. Internet, Flyer, Informationsveranstaltungen etc.). Andererseits umfasst dies die Formulierung der notwendigen politischen Aussagen des Regierungsrates und der jeweiligen Direktionsvorsteher und -leitungen. Schliesslich betrifft die Aufgabe insbesondere die Massnahmen im Rahmen der Öffnung der Verwaltung.

2. Fachstellen der Direktionen

Die spezialisierten Fachstellen innerhalb der einzelnen Direktionen haben ebenso vier Funktionen (bzw. Aufgaben):

- Erstens sind sie der direktionsinterne fachliche Motor der spezialisierten Politikkonkretisierung und –rekonkretisierung;
- zweitens haben sie die Aufgabe, die direktionsinternen Umsetzungsmassnahmen zu koordinieren;
- drittens ist ihre Funktion, als Bindeglied zwischen den direktionsinternen Strukturen und direktionsexternen Strukturen zu fungieren und entsprechend Know-how zu transferieren;
- und viertens setzen sie die inhaltliche Arbeit subsidiär (sowohl gegen innen als auch aussen) um, wenn dies notwendig ist.

Die Aufgabe der *direktionsspezifischen Politikkonkretisierung und -rekonkretisierung* umfasst einerseits die fachliche Schlüsselverantwortung für die Konkretisierung der strategischen und konzeptionellen Arbeiten der zentralen Fachstelle – d.h. derjenigen Teile des Leitbildes und der Massnahmenpläne, die den Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Direktion betreffen. Andererseits umfasst diese Funktion die Aufgabe des direktionsinternen Umsetzungscontrolling und die Verpflichtung, der zentralen Fachstelle über die Umsetzung zu berichten und der anschliessenden Anpassung in der Umsetzungsplanung (Art. 18 Abs. 2).

Die Funktion der *direktionsinternen Umsetzung der Massnahmen*, die gemäss Leitbild und Massnahmenplan in die Zuständigkeit der jeweiligen Direktion fallen, umfasst die Aufgabe der Koordination der Umsetzung innerhalb der Direktion. Gegen innen bedeutet dies den Anstoss der Spezifizierung der Massnahmen für die jeweiligen Abteilungen und deren fachliche Unterstützung. Gegen aussen sind die Fach-

stellen – in Absprache mit der zentralen Fachstelle – verantwortlich für die Formulierung von Leistungsaufträgen bzw. die entsprechende Koordination der Vergabe von Leistungsaufträgen an private Akteure, sowie deren Controlling.

Drittens sind die Direktionsfachstellen Ansprechstelle für die direktionsinternen Angestellten, Ämter und Abteilungen. Ebenso sind sie Ansprechstellen für die jeweiligen regelstrukturspezifischen externen Akteure des Bundes, anderer Kantone, der Gemeinden und der Zivilgesellschaft. Schliesslich fungieren sie proaktiv als Partnerin für die zentrale Fachstelle bei der Verbreitung von Informationen und der Sensibilisierung in Form von Schulungen, Weiterbildungen und anderweitigen Informationskanälen.

Die Funktion der *subsidiären Facharbeit* umfasst die Übernahme derjenigen Aufgaben im Bereich Sensibilisierung, Prävention und Beratung/Intervention, die von der Zivilgesellschaft und den Regelstrukturen nicht übernommen werden können. Diese bedeutet einerseits das Zur-Verfügung-Stellen von Basisinformationen für innen und aussen auf den verschiedenen Informationskanälen (wie z.B. Internet, Flyer, Informationsveranstaltungen etc.). Andererseits umfasst diese die Formulierung der notwendigen politischen Aussagen des Regierungsrates und der jeweiligen Direktionsvorsteher und -leitungen. Schliesslich übernehmen die direktionsinternen Fachstellen zentrale Aufgaben bei Projekten, die die Öffnung der Direktion betreffen. Wichtig ist, dass die jeweiligen Projekte in enger Absprache mit der zentralen Fachstelle stattfinden.

3. Untersuchungsbehörden und Gerichte

Weitere wichtige institutionelle Vorkehrungen, die hier nicht vertieft werden sollen, sind die Untersuchungsbehörden, die Gerichte und verwaltungsinternen Rechtsweginstitutionen. Sie gewährleisten die Durchsetzung gesetzlicher Diskriminierungsverbote. Entscheidend für die effektive Durchsetzung ist die Niedrigschwelligkeit der entsprechenden Institutionen. Diese hängt massgeblich von folgenden Elementen ab, die bereits im Zusammenhang mit dem privatrechtlichen Diskriminierungsschutzrecht diskutiert wurden:

- Informiertheit des Rechtsstabes über das positive Antidiskriminierungsrecht;
- Akzeptanz des Rechtsstabes gegenüber dem Diskriminierungsschutz;
- Informelles und einfaches Verfahren;
- Unentgeltlichkeit des Verfahrens;
- Verbandsbeschwerderecht;

- Untersuchungskompetenzen von Amtes wegen;
- Reformatorische Entscheidkompetenz;

4. Empfehlungen für die Gesundheits- und Fürsorgedirektion

In der strategisch-konzeptionellen Umsetzung des Integrationsauftrages sollten die institutionellen Rahmenbedingungen so konkret wie möglich geklärt sein. Dies umfasst eine spezifische Formulierung von Aufträgen an die zentrale Fachstelle für die Integration sowie die Formulierung von Aufträgen an die jeweiligen Direktionen, eine direktionsspezifische Fachstelle zu schaffen mit je spezifischen Aufgaben. In der Verordnung und im Leitbild-Zusatz sollten die entsprechenden Funktionen definiert sowie in den Massnahmenplänen die Aufgaben für jede Massnahme konkretisiert werden.

5. Anregungen aus anderen Kantonen und aus dem Bundesland Berlin

Im Grundsatz gibt es drei mögliche institutionelle Verankerungen der Thematik des Schutzes vor Diskriminierungen. Erstens kann diese einer Verwaltungsstelle explizit als eigenständige institutionelle Staatsaufgabe zugewiesen werden, ohne sich auf ein spezifisches Themenfeld (wie z.B. Integration) zu beschränken (siehe hierzu das Beispiel der LADS Berlin). Zweitens kann der Schutz vor Diskriminierung explizit einer Integrationsfachstelle zugewiesen werden, wobei die Aufgabe bereits im Titel expliziert wird (siehe hierzu das Beispiel des Kantons Solothurn). Drittens lässt sich diese Aufgabe auch einer Integrationsfachstelle explizit zuordnen, ohne jedoch die Aufgabe als solche bereits im Titel der Verwaltungsstelle zu explizieren (siehe hierzu das Beispiel aus dem Kanton Wallis).

a. Kanton Solothurn: Anlauf- und Koordinationsstelle für Integration und gegen Rassismus

Der Kanton Solothurn führt eine Anlauf- und Koordinationsstelle für Integration und gegen Rassismus. Im Gegensatz zur im Integrationsgesetz des Kantons Bern vorgesehenen Fachstelle für die Integration trägt diese den expliziten Auftrag zum Schutz vor Rassismus bereits im Namen. Die Anlauf- und Koordinationsstelle hat u.a. zum Ziel, « jegliche Formen von Diskriminierung und Fremdenfeindlichkeit zu verhindern und zu bekämpfen » (§ 122 lit. e).

b. Kanton Wallis: Rassismusbekämpfung als Auftrag für die Dienststelle für Zivilstandswesen und Fremdenkontrolle

Die Dienststelle für Zivilstandswesen und Fremdenkontrolle ist für die Integration der Ausländer und die Bekämpfung des Rassismus zuständig in Zusammenarbeit mit den anderen betroffenen Dienststellen. Der Auftrag wurde in der Verordnung über die Integration der Ausländer und die Bekämpfung des Rassismus

vo 12. Januar 2005 festgehalten¹¹⁸⁶. Ihre Aufgaben sind im Bereich des Schutzes vor Rassismus explizit festgelegt. Dazu gehören u.a.: die Förderung der Koordination aller Aktivitäten zur Integration der Ausländer und zur Bekämpfung des Rassismus im Kanton (Art. 3 lit. b); die logistische Unterstützung, Beratung und Übermittlung nützlicher Informationen an die Projektträger in den Bereichen Ausländerintegration und Bekämpfung des Rassismus (Art. 3 lit. d); die Durchführung der erforderlichen oder verlangten Kontrollen der subventionierten Projekte im Bereich der Ausländerintegration und der Bekämpfung des Rassismus (Art. 3 lit. g).

c. Bundesland Berlin: Landesstelle für Gleichbehandlung - gegen Diskriminierung

Die « Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung » des Bundeslandes Berlin (LADS Berlin) arbeitet auf der Basis des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)¹¹⁸⁷ und koordiniert die Antidiskriminierungsarbeit des Senats. Die LADS Berlin ist eine Verwaltungsstelle des Bundeslandes Berlin. Angegliedert ist sie bei der Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales. Sie ist nicht auf die Thematik der Integration von Ausländer_innen beschränkt, sondern operiert unabhängig von der Integrationsarbeit im Sinne einer umfassenden, alle Menschen betreffende Thematik.

Zu den vorrangigen Aufgaben der neuen Landesstelle gehört es, die Öffentlichkeit noch besser über ihre Rechte bei Diskriminierungen aufzuklären und den Menschen Mut zu machen, sich dagegen zu wehren. Weiterhin geht es um:

- die Sensibilisierung von Gesellschaft, Wirtschaft, Verwaltung und Politik für das Recht auf Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung;
- Öffentlichkeitsarbeit zu den gesetzlichen Grundlagen;
- Weiterentwicklung und Steuerung einer netzwerkorientierten und bedarfsgerechten Selbsthilfe- und Beratungsinfrastruktur;
- Unterstützung der einzelnen Verwaltungen in der Umsetzung der rechtlichen Vorgaben;
- Abbau struktureller Diskriminierungen über Mitwirkung an Gesetzesinitiativen;
- Verbesserung der Datenlage über Diskriminierungsfälle im Land Berlin; und

¹¹⁸⁶ SR 142.102.

¹¹⁸⁷ Siehe hierzu vorne, a.a.O.

- Förderung einer Kultur der Wertschätzung von Vielfalt¹¹⁸⁸.

Die LADS arbeitet eng mit Berliner Beratungseinrichtungen, der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und anderen überregionalen Einrichtungen zusammen. Insbesondere informiert sie über ihre Internetseite und einen Beratungsführer über die verschiedenen Anlaufstellen, die Menschen mit Diskriminierung mit Rat und Tat beseite stehen¹¹⁸⁹.

M. Private Institutionen: Inhaltliche Umsetzung (Sensibilisierung, Prävention, Beratung)

Der Staat hat im Bereich der Diskriminierungsbekämpfung eine Gewährleistungsfunktion und eine subsidiäre Umsetzungsfunktion. Die Gewährleistungsfunktion verpflichtet ihn sicherzustellen, dass auf den drei zentralen Handlungsebenen Sensibilisierung, Prävention, Beratung/Intervention genügend private Organisationen spezialisiertes Wissen und finanzielle Mittel zur Verfügung stehen. Ähnlich wie innerhalb der Verwaltung setzt dies einerseits die Förderung spezialisierter Organisationen und andererseits die Umsetzung der entsprechenden Arbeit in den Regelstrukturen voraus.

1. Parteiische Anlauf-, Beratungs- und Interventionsstellen

Im Zentrum der Unterstützung von mutmasslichen Diskriminierungsbetroffenen, ihren Angehörigen und Bekannten steht eine unabhängige, niedrigschwellige, fachkompetente, transdisziplinär operierende Anlauf- und Beratungsarbeit. Eine Beratungsstellen, an die sich Menschen in unterprivilegierten und durch Diskriminierung verletzten Personen vertrauensvoll wenden können, ist von zentraler Bedeutung, da sie dadurch eine Ermächtigung erfahren, deren Voraussetzung nicht nur die Professionalität der Beratungsarbeit, sondern ebenso das (Vorschuss-)Vertrauen sind. Aus empirischen Befragungen von (mutmasslichen) Diskriminierungsbetroffenen ist bekannt, dass ein solches Vertrauen gerade in staatlich unabhängige und parteiische Beratung besser möglich ist als bei staatlichen Anlaufstellen. Letztere sind zudem aufgrund ihrer Rechtsgebundenheit tendenziell eher zurückhaltend in ihrer ermächtigenden Unterstützung; gerade eine psycho-soziale und juristische Ermächtigung ist für die Betroffenen bedeutend.

Damit sowohl das Angebot an sich sowie die Professionalität gewährleistet sind, hat der Kanton dafür zu sorgen, dass die entsprechenden Strukturen zur Verfügung stehen. Gerade bei privaten Beratungsangeboten besteht das Risiko der grossen qualitativen Unterschiede in der Beratungsarbeit. Solche ergeben sich einerseits aus der Tatsache, dass die Bekämpfung von Diskriminierungen im Allgemeinen und im Besonderen die Bekämpfung ethnisch-kultureller Diskriminierungen wenig Chancen haben, sich über den

¹¹⁸⁸ Vgl. hierzu <http://www.berlin.de/lb/ads/ziele/index.html> (Zugriff: 10. Januar 2011).

¹¹⁸⁹ Siehe hierzu <http://www.berlin.de/lb/ads/beratung/index.html> (Zugriff: 10. Januar 2011).

Markt zu finanzieren. Andererseits ist die Beratungsarbeit im Bereich des Diskriminierungsschutzes aufgrund der hohen Politisierung im Themenfeld des Diskriminierungsschutzes ebenso der Gefahr der Politisierung ausgesetzt, womit das Risiko verbunden ist, dass Beratungsstellen angesichts ihres - durchaus legitimen - politisch-strategischen Interesses den Blick für die Ratsuchende bezogenen operativ-beratende Aufgabe aus den Augen verlieren.

Der Auftrag ist über einen Leistungsauftrag zu formulieren. Der Kanton erklärt sich für die Verbreitung der Anlauf- und Beratungsstellen mitverantwortlich: er formuliert Qualitätsstandards, bindet die Leistungsaufträge an die Einhaltung dieser Qualitätsstandards, kontrolliert deren Einhaltung und zieht - falls notwendig - Konsequenzen (so z.B. durch die Verpflichtung zum Besuch von Weiterbildung, Ermahnungen und Androhung des Entzuges des Leistungsauftrages, und als ultima ration die Beendigung des Leistungsauftrages). Die Qualitätsstandards sind aber ausschliesslich fachorientiert und müssen daher auch die unabhängige Ausübung des Auftrages durch die Auftragnehmerinnen gewährleisten, konkret: indem bei einer staatskritischen Beratung keine Konsequenzen resultieren, soweit diese fachkompetent umgesetzt wird.

2. Unabhängige Mediationsfachkräfte

Neben den parteiisch agierenden Anlauf- und Beratungsstellen braucht es spezifische neutrale Stellen, die in Konflikten des Staates und der Bewohner_innen sowie in Konflikten der Bewohner_innen untereinander unabhängig vermitteln können. Besonders zentral ist die Möglichkeit, in komplexen Fällen, wo mehrere komplexe Konfliktlinien mit allenfalls schwerwiegenden Formen von Diskriminierungen (wie etwa häuslicher Gewalt, rechtsextremer Übergriffe etc.) auf solche hoch professionell agierende Fachkräfte zurückgreifen zu können. Die allseitige Unabhängigkeit ist da von zentraler Bedeutung, wo Lösungen nicht mehr durch machtvolle einseitige Intervention gefunden werden können, sondern nur durch ein allseitiges Ausräumen von Interessen.

Parteiliche Anlauf- und Beratungsstellen können eine solche Aufgabe in der Regel nicht übernehmen. Diese müssen sich entscheiden, ob sie entweder Partei für die Betroffenen ergreifen oder ob sie parteilos agieren. Ansonsten geraten sie in Interessenkonflikte, die letztlich weder ihrer gewünschten Aufgabe der unabhängigen Mediation noch der parteiische Beratung und Intervention gerecht werden kann. Ebenso wenig sind politisch aktive sowie Sensibilisierungs- und Präventionsorganisationen geeignet, eine unabhängige Mediation vorzunehmen. Prädeterminiert für eine solche Aufgabe sind hingegen Fachkräfte der Mediationsarbeit. Der Begriff der Mediation wird denn auch immer bekannter und konnotiert tendenziell allseitig ein alle Seiten einnehmende Blickweise.

In Ergänzung zur Gewährleistung der parteiisch ausgerichteten Anlauf-, Beratungs- und Interventionsstellen sollte der Kanton gewährleisten, dass genügend unabhängige Mediationsfachkräfte mit Know-how

im Bereich interkultureller Konflikte und Diskriminierung zur Verfügung stehen. Diese stehen bei Bedarf seitens Behörden, mutmasslichen Diskriminierungsbetroffenen, Anlauf-, Beratungs- und Interventionsstellen und anderen Organisationen und Unternehmen zur Verfügung. Ebenso wie bei den parteiischen Anlaufstellen sollten die Kosten kein Hindernis zu deren Konsultation sein.

Der Auftrag ist über einen Leistungsauftrag zu formulieren. Der Kanton formuliert Qualitätsstandards, bindet die Leistungsaufträge an die Einhaltung dieser Qualitätsstandards, kontrolliert deren Einhaltung und zieht - falls notwendig - Konsequenzen (so z.B. durch die Verpflichtung zum Besuch von Weiterbildung, Ermahnungen und Androhung des Entzuges des Leistungsauftrages, und als ultima ration die Beendigung des Leistungsauftrages). Denkbar wäre hier etwa die staatliche Bezahlung nach Fällen (beispielsweise über die Einrichtung eines staatlichen Fonds). Wichtig ist nicht nur deren Zur-Verfügung-Stellen, sondern ebenso die Bekanntmachung dieser Stelle. Entscheidend ist weiter, dass ein klarer Leistungsauftrag formuliert wird und die zuständige Stelle anhand der im Leistungsauftrag verankerten Kriterien autonom entscheiden kann, ob sie den Fall übernimmt oder diesen nicht übernehmen kann (so z.B. weil eine parteiische Intervention verlangt wird).

3. Fachnetzwerk für Beratungsstellen

Damit eine qualitativ hochstehende Beratungsarbeit gewährleistet werden kann, bedarf es des engen Fachaustausches zwischen den Anlauf- und Beratungsstellen. Da es innerhalb eines so kleinen Gemeinwesens wie den Kanton Bern relativ wenige Anlauf- und Beratungsstellen gibt, sollte eine solche Vernetzung regional oder gar gesamtschweizerisch realisiert werden. Die Aufgaben des Netzwerkes dienen der regelmässigen Schulung, Weiterbildung und des Fachaustausches. Das Netzwerk kann über die Anlauf-, Beratungs- und Interventionsfachstellen hinaus auch Schulungs- und Weiterbildungsmodule für Mediationsfachkräfte und Interessenorganisationen anbieten.

Der Kanton Bern hat ein Interesse daran, dass sich die Anlauf- und Beratungsstellen in solchen Fachnetzwerken profitieren. Damit er seinen Gewährleistungsauftrag auch verantwortlich umsetzen kann, sollte er allfällige Leistungsaufträge mit der Auflage verbinden, sich an die Fachnetzwerke anzuschliessen. Konkret ratsam ist, dass sich die Stellen dem von der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus und der Menschenrechtsorganisation humanrights.ch / MERS getragenen Netzwerk «Beratungsnetz für Rassismusopfer» anzuschliessen. Ein solcher Anschluss führt zudem zu einem entsprechenden Synergieeffekt im Zusammenhang mit dem Aufbau einer Monitoring-Fachstelle.

4. Sensibilisierungs- und Präventionsfachstellen

Neben Anlauf- und Beratungsstellen bei Diskriminierungsvorfällen braucht es weiter allgemeine Sensibilisierungs- und Präventionsfachstellen. Im Gegensatz zu den Anlauf- und Beratungsstellen konzentrieren

sich die Sensibilisierungs- und Präventionsfachstellen nicht auf Einzelfälle, sondern auf allgemeine Probleme im Diskriminierungsschutz. Zudem greifen sie nicht zwingend erst bei Konflikten ein, sondern agieren präventiv. Weiter endet ihre Aufgabe nicht wie bei einer Anlauf- und Beratungsstelle nach abgeschlossener Einzelfallberatung, sondern knüpft je nach Situation in grundsätzlicher Weise Probleme, die möglicherweise durch Einzelfälle manifestiert zu Tage treten, auf.

Der Kanton hat die Aufgabe, dass es genügend derartige Sensibilisierungs- und Präventionsfachstellen gibt. Ob sie unabhängig von den Anlauf- und Beratungsstellen agieren, oder ob sie im Gegenteil in Anlauf- und Beratungsstellen integriert sind, hängt einerseits von den real vorliegenden Verhältnissen im Kanton ab, und andererseits von der Einschätzung der Situation durch den Kanton. Beide Modelle haben Vor- und Nachteile. So ist der Vorteil einer ganheitlich agierenden Stelle insbesondere im Know-how der Einzelfallbetreuung, von dem die Sensibilisierungs- und Präventionsarbeit profitiert, und vom umgekehrten Fall.

Da es im Kanton Bern bereits Anlauf- und Beratungsstellen gibt, die zudem Sensibilisierungs- und Präventionsarbeit verrichten, wäre es unrealistisch, dass diese nicht in beiden Bereichen gefördert werden. Dazu gehört insbesondere das gggfon, eine Anlaufstelle gegen Rassismus und Gewalt, die beide Funktionen hervorragend erfüllt. Hingegen sollte der Kanton prüfen, ergänzend dazu eine weitere Fachstelle im Bereich der Sensibilisierungs- und Präventionsarbeit aufzubauen. Zudem ist es zentral, bereits bestehende nicht spezialisierte Stellen (wie z.B. Migrationsberatungsstellen) und Interessenorganisationen mit Antirassismusknowhow zu bedienen.

Auch hier gilt, dass im Rahmen von Leistungsaufträgen auf Qualitätsstandards Bezug genommen wird.

5. Fachprojekt für Know-how-Mainstreaming

Beratung, Sensibilisierung und Prävention ist keine ausschliessliche Arbeit für spezialisierte Fachstellen. Im Gegenteil: der Erfolg der Antidiskriminierungsarbeit hängt massgeblich von dessen Umsetzung in den Regelstrukturen ab. In diesem Sinne sieht denn auch das Integrationsgesetz vor, dass die Integrationsmassnahmen in den Regelstrukturen umzusetzen sind. Daher ist es wichtig, dass sowohl die staatlichen Institutionen der verschiedenen Regelstrukturen als auch die entsprechenden privaten Organisationen mit Know-how in den Bereichen Beratung/Intervention, Sensibilisierung und Prävention über Grundkenntnisse verfügen, die es ihnen ermöglicht, grundlegende Herausforderungen zur Diskriminierungsproblematik in ihren Strukturen zu erkennen, zu verstehen und damit umzugehen.

Der Kanton hat die Aufgabe, wichtige Akteure aus den zivilgesellschaftlichen Regelstrukturen zu definieren und ihnen die Möglichkeit zu geben, Grundschulungen zur Problematik des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung zu beantragen. Da er unter anderem aufgrund des entsprechenden Auftrages im Integrationsgesetz ein genuines Interesse an der Verbreitung des Know-how hat, sollte er

im Integrationsgesetz ein genuines Interesse an der Verbreitung des Know-how hat, sollte er diese auch aktiv bewerben. Entsprechende Informations-, Schulungs- und Weiterbildungsangebote sollten auf der Basis von klar definierten Qualitätsstandards beruhen. Gemeinsam mit den zentralen Regelstrukturorganisationen wäre zu prüfen - so etwa durch die zuständigen Direktionen -, wer über welches Know-how verfügen sollte.

6. Monitoring-Fachstelle

Die Formulierung einer effektiven Antidiskriminierungspolitik, sowie die Professionalisierung der verschiedenen Akteure aus Verwaltung und Zivilgesellschaft bedürfen eines Monitoring der Diskriminierungsrealität sowie der Wirksamkeit der Massnahmen. Ein solches Monitoring sollte spezifisch auf den Kanton Bern ausgerichtet werden, kann aber in bereits bestehenden Strukturen erfolgen. So ist ein Pfeiler des Beratungsnetzes für Rassismuspfer die Interessengemeinschaft Dokumentationssystem Rassismussvorfälle (DoSyRa), das gesamtschweizerisch auch kantonsspezifische Daten zu Rassismussvorfällen in der Beratungspraxis erfasst.

Der Kanton Bern sollte gewährleisten, dass die Daten sämtlicher im Kanton Bern aktiver Beratungsstellen erfasst werden. Damit der Kanton keine eigenen Strukturen aufbauen muss, ist es ratsam, dass er auf die bewährte Struktur des DoSyRa zugreift. Dies bedeutet, dass er etwa in Leistungsaufträgen an Beratungsstellen die Auflage formulieren sollte, dass sich die Fachstelle an das DoSyRa-Netzwerk anschliesst.

Da sich die Diskriminierungsdaten nicht nur auf die Beratung beschränken, sondern ebenso auf die Urteile, Vorfälle in den Medien sowie Daten, die über keine allgemeinen Kanäle zu erfassen sind, sollte der Kanton Bern darüber hinaus prüfen, wie ein allfälliges umfassendes Monitoring-System aufgebaut werden könnte. Hierfür sollte er eng mit dem Bund zusammenarbeiten sowie allenfalls Abklärungen vornehmen, ob an das Beratungsnetz für Rassismuspfer zusätzliche Aufträge zu formulieren sind.

7. Subsidiäre Unterstützung politischer Netzwerke

Die Formulierung zielführender Massnahmen hängt von deren Praxisnähe ab. Daher ist es zentral, dass im Rahmen der Formulierung/Reformulierung, der Konkretisierung/Rekonkretisierung sowie der Evaluation eng mit den Praxispartnern aus der Zivilgesellschaft zusammengearbeitet wird. Damit diese sich Artikulieren können bedarf es der gemeinsamen Gefässe, über diese eine solche Artikulation möglich ist. Da die verschiedenen Praxisorganisationen in der Regel relativ beschränkte Ressourcen aufweisen, ist es Aufgabe des Kantones dafür zu sorgen, dass sich ein solches politisches Netzwerk regelmässig austauschen und gegenüber dem Kanton artikulieren kann.

Interessant ist etwa das Bundesnetzwerk gegen Diskriminierung¹¹⁹⁰, ein Projekt der Deutschen Antidiskriminierungsstelle. Das Bundesnetzwerk soll der Vielzahl an engagierten Organisationen, Personen und Bündnissen, sowie Forscherinnen und Forschern, Bund, Ländern und Kommunen eine Plattform für Information, Vernetzung und Qualifizierung bieten. Auf diese Weise können Aktivitäten und Kompetenzen gebündelt werden.

8. Anregungen aus anderen Kantonen, dem Bund und aus Deutschland

- a. Staatliche Förderung parteiischer Beratung (Basel-Landschaft: Anlaufstelle gegen Diskriminierung)

Der Kanton Basel-Landschaft hat im Rahmen seiner Integrationspolitik auf Verordnungsebene eine Anlaufstelle gegen Diskriminierung geschaffen¹¹⁹¹. Die Anlaufstelle gegen Diskriminierung ist die Nordwestschweizer Beratungsstelle gegen Diskriminierung und Rassismus (§ 3 Abs. 2). Die Einzelheiten werden in einer Leistungsvereinbarung zwischen der Justiz-, Polizei- und Militärdirektion und der Beratungsstelle geregelt (§ 3 Abs. 3). Die Beratungsstelle wird getragen von den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn. Sie bietet eine kostenlose Beratungsstelle für Menschen, die Diskriminierungen und rassistischen Übergriffen ausgesetzt sind¹¹⁹².

- b. Staatliche Förderung der fachlichen Vernetzung in der Beratungsarbeit: (Bund / Private: «Beratungsnetz für Rassismuskritiker»)

Das Vernetzungs- und Know-how-Projekt «Beratungsnetz für Rassismuskritiker» wurde im 2005 von der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR und dem privaten Verein Humanrights.ch / MERS lanciert. Zudem wird es in Teilen vom Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements des Innern EDI - über die Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB - finanziell unterstützt. Die Angebote des Beratungsnetzes wurden in enger Zusammenarbeit mit den beteiligten Beratungsstellen ausgearbeitet und umgesetzt. Nebst einer Plattform für den Fachaustausch und eigenständig initiierten Weiterbildungsangeboten sowie solchen auf Nachfrage wurden im Rahmen des Projekts ein elektronisches Beratungshandbuch zu Rassendiskriminierung sowie ein von der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB herausgegebener «Rechtsratgeber rassistische Diskriminierung» erarbeitet. Das bisherige Herzstück ist schliesslich

¹¹⁹⁰ <http://www.antidiskriminierungsstelle.de/ADS/Antidiskriminierungsstelle/aktuelles.did=159414.html> (Zugriff: 3. Januar 2011).

¹¹⁹¹ Verordnung zum Integrationsgesetz (Integrationsverordnung) vom 18. Dezember 2007 (SR 114.11).

¹¹⁹² Zur Beratungsarbeit siehe <http://www.stopprassismus.ch/index.php?cid=3> (Zugriff: 10. Januar 2011).

der vom «Beratungsetz für Rassismosopfer» koordinierte Bericht zu Rassismuvorfällen in der Beratungspraxis von verschiedenen Anlauf- und Beratungsstellen¹¹⁹³.

- c. Staatliche Förderung der fachlichen und politischen Vernetzung in der Beratungs-, Sensibilisierungs- und Präventionsarbeit (Deutschland: Bundesnetzwerk gegen Diskriminierung)

Die ADS hat mit ihrem Projekt «Bundesnetzwerk gegen Diskriminierung - Offensive für eine diskriminierungsfreie Gesellschaft» die Verbesserung der Beratung und Unterstützung der von Diskriminierung betroffenen Menschen zum Ziel. Ziel der Offensive ist es, allen betroffenen Menschen bestmögliche Beratung und Unterstützung zu bieten. Zu diesem Zweck will die ADS lokale Beratungsnetzwerke fördern und die Vernetzung mit der ADS sowie der Beratungsstellen untereinander intensivieren. Im Rahmen der Offensive macht die ADS deutlich, dass eine nachhaltige Unterstützung von Betroffenen und die Bekämpfung von Benachteiligungen auch ein starkes Engagement auf Landes- und kommunaler Ebene erfordert. Ziel des neu einzurichtenden Arbeitskreises ist es, für das Thema Diskriminierungsschutz zu sensibilisieren, Nichtdiskriminierung als Querschnittsaufgabe politisch zu verankern und Beteiligungsmöglichkeiten für Nichtregierungsorganisationen zu schaffen. Hinzu kommen weitere Informations- und Sensibilisierungsaktionen in Zusammenarbeit mit spezialisierten Beratungseinrichtungen, mit Gemeinden und Ländern. Zudem sollen spezifische Schulungen und Weiterbildungen für verschiedenste Akteure zur Verfügung gestellt werden.

N. « Zwischenstaatliche » Institutionen: unabhängige Gesellschaftsbeobachtung, kritische Politikberatung

Weder der Staat noch in der operativen Alltagsarbeit tätige private Stellen sind geeignet, die gesellschaftlichen Dynamiken insgesamt kritisch zu beobachten, Phänomene zu erkennen, diese aus unabhängiger Position zu « priorisieren », sie zu analysieren und zu beschreiben sowie entsprechende Empfehlungen zu deren Bewältigung zu formulieren¹¹⁹⁴. Dies hat der Bundesrat mit der Schaffung der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus mit Bundesratsbeschluss vom 17. August 1995 erkannt und diese mit einem unabhängigen Mandat betraut, das die Sensibilisierungs-, Präventions- und auch Beratungsaufgabe umfasst.

¹¹⁹³ Mehr zum Projekt „Beratungsetz für Rassismosopfer“ siehe http://www.humanrights.ch/home/de/Themendossiers/Rassismus/Schweiz/Beratungspraxis/idcatart_8828-content.html?search=1 (Zugriff: 10. Januar 2011).

¹¹⁹⁴ Vgl. hierzu etwa die Aussagen von Bundesrat Pascal Couchepin in der Diskussion des Nationalrates vom 19.03.2007 zur Motion der SVP zur Abschaffung der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus (abgedruckt in TANGRAM19, S. 17-21, 20, 21).

Neben der Sensibilisierungs-, Präventions- und Beratungsaufgabe stossen sowohl der Staat als auch private Organisationen ebenso bei der Bewältigung von konkreten staatlichen Diskriminierungsvorfällen an ihre Grenzen. Ist der Staat als mutmasslicher Diskriminierer im Spiel, kann dieser auch keine Beratungsfunktion übernehmen. Zudem sind privaten Organisationen aufgrund der tendenziellen Übermacht des Staates - insbesondere derjenigen der Verwaltung - die Hände gebunden. Eine wirkungsvolle Intervention zugunsten der Diskriminierungsbedingten ist oft nicht möglich. Daher braucht es auch im Bereich der Intervention die Möglichkeit der zwischenstaatlichen Intervention.

1. Unabhängige spezialisierte Fachinstitution

Die Formulierung, Bewertung und Reformulierung kantonaler Politik zum Schutz vor Diskriminierung benötigt eine unabhängige Perspektive, die einerseits frei ist vom zivilgesellschaftlich-parteiischen Politikblick und andererseits nicht den staatlichen Sachzwängen unterworfen ist. Daher sind zwischenstaatliche Gebilde prädestiniert für einen unabhängigen Blick, der frei von Scheuklappen kritische Analysen vornehmen kann. Da der Kanton Bern ein Interesse an einer wirksamen Politik zum Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung hat, sollte er sicherstellen, dass ein entsprechendes Konsultationsgremium zur Verfügung steht.

Ähnlich wie etwa die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR hat eine solche Institution die Aufgabe, sich mit Rassendiskriminierung zu befassen, eine bessere Verständigung zwischen Personen unterschiedlicher Rasse, Hautfarbe, Abstammung, nationaler oder ethnischer Herkunft, Religion zu fördern, sowie jegliche Form von direkter oder indirekter Rassendiskriminierung zu bekämpfen und einer wirksamen Prävention besondere Beachtung zu schenken.

In Anlehnung an Art. 19 IntG ist es angemessen, einen entsprechenden Auftrag an die kantonale Kommission für die Integration der ausländischen Bevölkerung zu erteilen. Diese wirkt als konsultatives Organ für die kantonale Integrationspolitik und berät den Regierungsrat, die Verwaltung und die Gemeinden bei der Umsetzung des Integrationsgesetzes. Weil der Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung historisch betrachtet bis anhin kein Schwerpunktthema in der kantonally-bernischen Politik war, ist es notwendig, dass der Aspekt des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung explizit erwähnt und entsprechend konkretisiert wird. Die Konkretisierung sollte zudem bereits im Titel erkennbar sein, so indem beispielsweise ein ergänzender Zusatz «und gegen Rassismus» angehängt wird¹¹⁹⁵. Eine solche Institution darf aber nicht als Substitut für die administrative Diskriminierungsschutzpolitik eingesetzt werden.

¹¹⁹⁵ Vgl. hierzu etwa die Verordnung über die Kommission für Integrationsfragen und gegen Rassismus vom 8. August 2000 des Kantons Zug.

Weiter ist darauf zu achten, dass sich das Mandat der Institution nicht mit demjenigen der EKR deckt. Vielmehr sollte dieses spezifisch auf den Kanton Bern ausgerichtet sein. Konkret könnte sie etwa damit betraut werden, Problemfelder ethnisch-kultureller Diskriminierung im Kanton Bern zu analysieren und Empfehlungen zu formulieren¹¹⁹⁶. Es ist ratsam, die Kommission bereits bei der Erarbeitung des Leitbildes (Art. 16 Abs. 1 IntG) sowie der Massnahmenpläne (Art. 16 Abs. 2 IntG) zu konsultieren. Dies würde ihr die Chance eröffnen, bereits erstes Know-how einzubringen. Zudem ist auch bei der Besetzung der Kommission darauf zu achten, dass auch ausgewiesene Expert_innen im Bereich des Diskriminierungsschutzes darin Einsitz nehmen.

2. Ombudsstelle (Anlaufstelle für Konflikte zwischen Staat und Bewohner_innen)

Neben der kritischen Auseinandersetzung mit der Thematik auf allgemeiner Ebene braucht es auch unabhängige und starke Institution, die im Rahmen von diskriminierenden Konflikten zwischen Kanton / Gemeinden und Bürger_in wirksam intervenieren kann. Privaten Anlauf- und Beratungsstellen fehlt es oft mangels Wissen und Vernetzung an genügend Macht, um Diskriminierungsvorwürfe an staatliche Institutionen wirksam auflösen zu können. Daher wurden bereits früher in verschiedenen gesellschaftlichen Systemen, offiziell als Ombudsman im Schwedischen System integriert, machtvolle unabhängige und doch staatliche Institutionen geschaffen, welche die asymmetrischen Verhältnisse zwischen Bürger und Staat aufbrechen können, damit überhaupt erst die Grundlage für eine Lösung gefunden werden kann. In westlichen Staaten setzen sich diese Ombudsstellen verstärkt durch¹¹⁹⁷.

Die Stärke einer Ombudsstelle ergibt sich aus ihrer Position. Einerseits sind sie staatlich legitimiert, verfügen in der Regeln über viel Wissen zur Verwaltung, deren organisatorischen Abläufe und deren inhaltliche Arbeiten. Zudem sind sie gut mit der Verwaltung vernetzt – verfügen in der Regel sogar über enge persönliche Kontakte zu den Schlüsselfiguren. Andererseits ist eine Ombudsstelle sowohl gegenüber der Verwaltung als auch gegenüber den Bürger_innen unabhängig positioniert, mit genügenden finanziellen Ressourcen ausgerüstet und ausschliesslich gegenüber dem Gesetzgeber Rechenschaftspflichtig. Dies verleiht ihr eine relativ starke Autorität, was letztlich dazu führt, dass Lösungen rascher und effektiver erzielt werden können.

In ihrer ursprünglichen Version finden sich Ombudsstellen in Schweden. In Schweden ist ein Ombudsmann eine von Regierung oder Parlament ernannte, unabhängige Vertrauensperson, die Beschwerden von Menschen gegenüber der Verwaltung nachgeht. Die Dienste eines Ombudsmannes sind kostenfrei. Sie können von allen in Anspruch genommen werden. In der Regeln nicht der Ombudsmann im persönlichen

¹¹⁹⁶ Vgl. hierzu auch die Verordnung über die Kommission für Integrationsfragen und gegen Rassismus vom 8. August 2000 des Kantons Zug, insb. § 3.

¹¹⁹⁷ In Deutschland bekannt als Bürgerbeauftragte, in Österreich als Volksanwälte (vgl. hierzu ...).

Gespräch Beschwerde auf und prüft, ob die Verwaltung rechtlich einwandfrei und fair gehandelt hat. Er sucht dann nach einer gerechten und von allen Seiten akzeptierten Lösung, die er in der Form von Empfehlungen ausspricht.

3. Anregungen aus anderen Kantonen

3.1 Kanton Zug: Kommission für Integrationsfragen und gegen Rassismus

Der Kanton Zug schuf 2000 eine Kommission für Integrationsfragen und gegen Rassismus¹¹⁹⁸. Der Zusatz «gegen Rassismus» ist im Vergleich zu ähnlichen Kommissionen in anderen Kantonen eine lobenswerte Ausnahme, auch wenn er in der Abkürzung wieder seine Bedeutung verliert¹¹⁹⁹. Die Kommission berät den Regierungsrat in den Fragen des friedlichen und gleichberechtigten Zusammenlebens im Kanton Zug. Sie unterstützt dessen Bestrebungen zur gesellschaftlichen Integration der im Kanton wohnenden ausländischen Bevölkerung (Art. 1 Abs. 1). Die Integrationskommission erfüllt ihre Aufgaben, indem sie unter anderem Massnahmen gegen Fremdenfeindlichkeit und Rassismus prüft und zur Umsetzung beantragt (§ 3 Abs. 2 lit. b), besondere Fragen der Integration der ausländischen Wohnbevölkerung sowie zum Thema Rassismus untersucht oder untersuchen lässt (lit. c), im Auftrag des Regierungsrates die Öffentlichkeit über Fragen der Integration der ausländischen Wohnbevölkerung sowie über Fragen zum Thema Rassismus informiert (lit. g). Die Integrationskommission nimmt daher auch explizite administrative Aufgaben wahr, so insbesondere in der Information.

Die Kommission besteht aus elf Mitgliedern, die vom Regierungsrat gewählt werden. In der Kommission sollen kantonale und gemeindliche Behörden und Stellen, die sich mit Integrationsfragen befassen, sowie andere an Integrationsfragen interessierte Institutionen namentlich Ausländerorganisationen vertreten sein. Der Kommission können auch unabhängige Fachleute angehören (§ 1 Abs. 2).

3.2 Kanton Fribourg: Kommission für die Integration der Migrantinnen und Migranten und gegen Rassismus (KMR)

Die 2004 eingesetzte Kommission hat unter anderem das Ziel (bzw. die Aufgabe), Aktivitäten in den Bereichen der Information, der Prävention, der Mediation und der Bildung in Bezug auf die Integration und die Rassismusbekämpfung zu fördern und zu koordinieren, dafür zu sorgen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen Schweizerinnen und Schweizern und Ausländerinnen und Ausländern in Übereinstimmung mit der Verfassung und dem Gesetz eingehalten wird, und den Staatsrat zu beraten und

¹¹⁹⁸ Verordnung über die Kommission für Integrationsfragen und gegen Rassismus vom 8. August 2000 SR 122.72. Zum Mandat siehe weiter <http://www.zug.ch/behoerden/direktion-des-innern/kantonales-sozialamt/sozialhilfe/integration/integrationskommission> (Zugriff: 10. Januar 2011).

¹¹⁹⁹ Vgl. hierzu § 1 Abs. 1.

ihm alle nützlichen Anträge in den Bereichen der Integration und der Rassismusbekämpfung zu unterbreiten. Die KMR setzt sich aus einem Präsidenten / einer Präsidentin, einem Vizepräsidium sowie dreizehn Mitgliedern aus betroffenen Kreisen und Behörden zusammen. Sie tagt sechs bis acht Mal jährlich¹²⁰⁰.

3.3 Weitere kantonale Kommissionen ohne explizite Benennung im Titel

Neben den beiden Kommissionen der Kantone Zug und Fribourg, welche die Bekämpfung von Rassismus bereits im Titel tragen, gibt es auch kantonale Kommissionen, die zwar die Rassismusbekämpfung nicht im Titel tragen, jedoch einen expliziten Auftrag in der Bekämpfung von Rassismus haben. Dazu gehört z.B. die Konsultativkommission im Kanton Wallis für Ausländer, die verlangte Untersuchungen in Bezug auf die Ausländerintegration und die Bekämpfung des Rassismus durchführt¹²⁰¹.

4.4 Kantonale und städtische Ombudsstellen

In einzelnen Kantonen (Basel-Landschaft, Basel-Stadt, Vaud, Zug, Zürich) und in einigen Städten (Bern, Winterthur, Zürich, St. Gallen) gibt es bereits Ombudsstellen. Betroffene haben bei allen Formen von Diskriminierungen durch eine staatliche Behörde oder durch Staatsangestellte die Möglichkeit, sich bei der zuständigen Ombudsstelle zu beschweren. Die Ombudsstelle nimmt Beschwerden entgegen und vermittelt zwischen Bürger_innen und Verwaltung. Ziel einer Ombudsstelle ist es, einerseits Personen vor willkürlichen und fehlerhaften Verhalten der Verwaltung zu bewahren und andererseits die Verwaltung vor ungerechtfertigten Vorwürfen zu schützen.

In der Regel können Beschwerden in schriftlicher (per E-Mail, Brief oder Fax) oder mündlicher Form (nach Vereinbarung einer Sprechstunde) vorgebracht werden. Die Ombudsstelle prüft daraufhin, ob die Verwaltung unangemessen gehandelt hat, nimmt Stellung und sucht nach einer für beide Seiten befriedigenden Lösung. Sie verfügt über umfassende Abklärungsbefugnisse (Akteneinsichtsrecht, Auskunftsrecht). Die Ombudsstelle konfrontiert die betroffene Verwaltungsstelle mit den Vorwürfen und verlangt eine Stellungnahme.

Die Ombudsstelle hat keine Weisungsbefugnis und auch kein Anordnungsrecht. Sie kann weder Bussen noch andere Sanktionen aussprechen. Auch ist eine Ombudsstelle nicht berechtigt, Verwaltungsentscheide aufzuheben oder abzuändern. Bei Beschwerden kann sie nur unverbindliche Empfehlungen abgeben. In der Regel werden diese jedoch ernst genommen. Zudem können Ombudsstellen Rechtsauskünfte erteilen

¹²⁰⁰ Verordnung über die Kommission für die Integration der Migrantinnen und Migranten und gegen Rassismus vom 25. November 2003 (SR 114.22.12). Vgl. zudem http://www.fr.ch/dsj/de/pub/migration/sjd_integrations/kommission_integrations.htm (Zugriff: 10. Januar 2011).

¹²⁰¹ Art. 5 lit. a der Verordnung über die Integration der Ausländer und die Bekämpfung von Rassismus vom 12. Januar 2005 (SR 142.102).

und Betroffene auf weitere Möglichkeiten aufmerksam machen, wie gegen Diskriminierung vorzugehen ist.



05. Empfehlungen

Mit den folgenden Empfehlungen wird ein Vorschlag für ein Strategie- und Massnahmenpaket unterbreitet, der einer völker- und verfassungsrechtlich fundierten Umsetzung des VE-IntG entspricht. Die Empfehlungen äussern sich erstens zur konzeptionellen und strategischen Aufstellung eines integrationspolitischen Diskriminierungsschutzes (A). Zweitens beziehen sie sich auf konkrete Massnahmen, die sich entlang der drei Massnahmenbereiche Diskriminierungsverbote (B), Fördermassnahmen (C), Institutionen (D) strukturieren. Sie richten sich vorweg an die Gesundheits- und Fürsorgedirektion des Kantons Bern, sind aber darüber hinaus potentiell auch für die Gemeinden, die Zivilgesellschaft, die andern Kantone und für den Bund von Interesse.

Die einzelnen Empfehlungen beinhalten verschiedene Kernempfehlungen und teilweise auch Zusatzempfehlungen. Die Kernempfehlungen betreffen zentrale Elemente der Umsetzung des VE-IntG. Demgegenüber gehen die Zusatzempfehlungen darüber hinaus und orientieren sich an einem horizontalen Diskriminierungsschutz. Die Zusatzempfehlungen beschränken sich zum Einen nicht auf den Bereich der Integration, sondern umfassen alle Bereiche kantonaler Politik. Zweitens begreifen sie den Diskriminierungsschutz als Gesamtkonzept, das nicht nur die ethnisch-kulturelle Diskriminierung, sondern Diskriminierung an sich – d.h. auch Diskriminierungen aufgrund des Alters, einer Behinderung, des Geschlechts, der sozialen Stellung, der sexuellen Orientierung etc. – thematisiert.

In den Klammern hinter den jeweiligen Empfehlungen wird auf die zentralen Rechtsnormen des VE-IntG verwiesen.

A. Konzept und Strategie

Empfehlung 1: Prämisse: Diskriminierungsschutz als kantonale Kernaufgabe

Kernempfehlungen

1.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion anerkennt den Schutz vor Diskriminierung als eine historisch gewachsene Kern- und Daueraufgabe eines liberalen und demokratischen Rechts- und Sozialstaates. Sie ist bestrebt, gemeinsam mit der Regierung, dem Grossen Rat und den Gemeinden, den Diskriminierungsschutz in der Integrationspolitik des Kantons Bern und seiner Gemeinden nachhaltig zu verankern. (Betrifft: Artikel 1 litera g, 2, 4, 15 VE-IntG; Artikel 10 Absatz 2 KV-BE)

1.2 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion wirkt in Zusammenarbeit mit der Regierung darauf hin, dass der Grosse Rat den Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung (Diskriminierung wegen der « Rasse », Ethnie, Herkunft, Religion) als eine zentrale Aufgabe im Integrationsgesetz des Kantons Bern verankert. (Betrifft: Artikel 1 litera g, 2 Absatz 2, 4, 15 VE-IntG)

Zusatzempfehlungen

1.3 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt dem Regierungsrat und dem Grossen Rat, den Schutz vor Diskriminierung über die ethnisch-kulturelle Diskriminierung hinaus auch auf Diskriminierungen aufgrund weiterer Dimensionen (z.B. Alter, sexuelle Orientierung, Behinderung, soziale Stellung) auszuweiten. (Siehe auch: Artikel 21 Absatz 2 litera d VE-IntG)

1.4 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion prüft in Zusammenarbeit mit den andern Direktionen, den Schutz vor Diskriminierung über die Integrationspolitik hinaus auf sämtliche staatliche Aufgabenbereiche auszudehnen. Damit wird ermöglicht, dass auch Schweizer_innen vom kantonalen Diskriminierungsschutz profitieren.

1.5 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt – in Zusammenarbeit mit der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion – der Regierung, dem Verfassungs- bzw. Gesetzgeber einen Vorschlag für eine Verfassungs- und Gesetzgebungsrevision zu unterbreiten, die den Schutz vor Diskriminierung in der Verfassung und in einem kantonalen Antidiskriminierungsgesetz oder Gleichbehandlungsgesetz verankert.

Empfehlung 2: Begriff: Ethnisch-kulturelle Diskriminierung

Kernempfehlungen

2.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt dem Regierungsrat und dem Grossen Rat, dass sich die kantonale Antidiskriminierungspolitik am Begriff der « ethnisch-kulturellen Diskriminierung » orientiert. (betrifft: Artikel 1 litera g, 2 Absatz 2, 7 Absatz 1, 13, 15, 17 Absatz 5, 18 Absatz 1, 20 Absatz 1, 21 Absatz 2 litera l, 25 Absatz 2 litera b)

2.2 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt dem Regierungsrat und dem Grossen Rat, auch die mehrdimensionale ethnisch-kulturelle Diskriminierung als Begriff zu verwenden. Davon erfasst sind diejenigen ethnisch-kulturellen Diskriminierungen, die zusätzlich eine oder mehrere weitere Diskriminierungsdimensionen wie z.B. das Alter, die soziale Stellung, die sexuelle Orientierung und das Geschlecht betreffen. (betrifft: Artikel 1 litera g, 2 Absatz 2, 7 Absatz 1, 13, 15, 17 Absatz 5, 18 Absatz 1, 20 Absatz 1, 21 Absatz 2 litera d und l, 25 Absatz 2 litera b)

2.3 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion wirkt darauf hin, dass der Begriff der « ethnisch-kulturellen Diskriminierung » in der Integrationsverordnung und im Vortrag zum Integrationsgesetz definiert wird.

2.4 Es wird empfohlen, von folgender Grundlage für eine Begriffsdefinition auszugehen: Eine ethnisch-kulturelle Diskriminierung umfasst die Diskriminierung wegen der zugeschriebenen « Rasse » und der tatsächlichen oder der zugeschriebenen Herkunft, ethnischen Zugehörigkeit, fahrenden Lebensform und der Religion. Davon erfasst sind auch mehrdimensionale ethnisch-kulturelle Diskriminierungen. Eine mehrdimensionale ethnisch-kulturelle Diskriminierung umfasst die Diskriminierung wegen der zugeschriebenen « Rasse » und der tatsächlichen oder der zugeschriebenen Herkunft, ethnischen Zugehörigkeit, fahrenden Lebensform und der Religion, sowie darüber hinaus wegen des tatsächlichen oder zugeschriebenen Geschlechts und/oder Alters und/oder wegen einer tatsächlichen oder zugeschriebenen Behinderung und/oder wegen der tatsächlichen oder zugeschriebenen sexuellen Orientierung und/oder wegen anderer Diskriminierungsdimensionen im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV und 10 Abs. 2 KV-BE.

Zusatzempfehlungen

2.5 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt der Regierung und dem Grossen Rat, auch die assoziierte Diskriminierung in die Diskriminierungsbegrifflichkeit miteinzubeziehen.

2.7 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt dem Regierungsrat, den Begriff der « ethnisch-kulturellen Diskriminierung » durch den Begriff der « Diskriminierung » zu ersetzen und damit den Diskriminierungsschutzauftrag auszuweiten. (siehe auch Empfehlungen 1.3 und 1.5)

Empfehlung 3: Schutzkonzept: Hierarchisierungs- und Herabwürdigungsverbote

Kernempfehlungen

3.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion wirkt darauf hin, dass bei der Umsetzung des integrationspolitischen Diskriminierungsschutzauftrages der Abbau diskriminierender Strukturen im Vordergrund steht. Dies hat die Konsequenz, dass Diskriminierungsverbote als Hierarchisierungs- bzw. Dominanzverbote begriffen werden. Für die Integrationspolitik heisst dies, dass grundsätzliche Machtasymmetrien auf individueller und gruppenbezogener Ebene ausgeglichen bzw. angemessen berücksichtigt werden müssen. (Betrifft: alle Artikel des VE-IntG)

3.2 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion weist darauf hin, dass Hierarchisierungsverbote die Direktionen und die Gemeinden verpflichten, auch dem Problem der mehrdimensionalen Diskriminierung Beachtung zu schenken. Für die Gestaltung integrationspolitischer Massnahmen bedeutet dies, dass nicht ausschliesslich die ethnisch-kulturelle Dimension behandelt wird, sondern auch das Alter, die soziale Stellung, eine Behinderung, die sexuelle Orientierung und andere mit Stereotypen behaftete Asymmetriefaktoren thematisiert werden. (Betrifft: alle Artikel des VE-IntG, insb. auch 21 Absatz 2 litera d VE-IntG) (siehe auch Empfehlungen 2.2 und 2.4)

3.3 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion weist darauf hin, dass ergänzend zum Hierarchisierungsverbot die Diskriminierungsverbote auch als Herabwürdigungsverbote zu verstehen sind. Dies hat zur Folge, dass die Integrationspolitik auch Diskriminierungen bekämpft, die nicht zwingend auf Machtasymmetrien beruhen, sondern denen privilegierte und/oder besser integrierte Ausländer_innen ausgesetzt sind, die über grundsätzlich gleichwertige Ressourcen verfügen. Diskriminierungsverbote werden demnach auch als Herabwürdigungsverbote begriffen. (Betrifft: insb. Artikel 2 litera f i.V.m. litera g, 15 VE-IntG)

Empfehlung 4: Strategische Elemente des kantonalen Diskriminierungsschutzes

Kernempfehlungen

4.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion konkretisiert den integrationspolitischen Diskriminierungsschutz in einem strategischen Papier. Sie empfiehlt dem Regierungsrat, die strategischen Grundsätze in der Verordnung und im Leitbild – oder allenfalls in einem Leitbild-Zusatz zum Diskriminierungsschutz – zu verankern. (Betrifft: Artikel 16 VE-IntG)

4.2 Die von der Gesundheits- und Fürsorgedirektion zu formulierende Strategie beinhaltet die folgenden Elemente:

- *Grundpflichten* des Diskriminierungsschutzes: 1. staatliche Diskriminierung unterlassen, 2. vor privater Diskriminierung schützen, 2. strukturelle Diskriminierung abbauen.
- *Grundprinzipien* des Diskriminierungsschutzes: 1. Gleichbehandlung fordern, 2. Gleichstellung fördern, 3. Diskriminierungsschutz hierarchiefrei denken.
- *Verantwortung* bei der Umsetzung der Grundpflichten: 1. Gesamtgesellschaftliche Verantwortung, 2. vertikale Staatsverantwortung, 3. Drei-Gewalten-Verantwortlichkeit, 4. Regierungsverantwortung, 5. Verwaltungsverantwortung, 6. koordinierte Dezentralisierung.
- *Ziele* des Diskriminierungsschutzes: 1. Diskriminierung verhindern, 2. Diskriminierung beseitigen und verringern, 3. Diskriminierung wieder gut machen und sanktionieren.
- *Rechtsinstrumentarium* (bzw. Massnahmenbereiche) für die Zielerreichung: 1. Diskriminierungsverbote, 2. Fördermassnahmen, 3. Institutionen.
- *Handlungsebenen* der konkreten Massnahmen: 1. Ermächtigung von Betroffenen, 2. Gestaltung von Entscheidungen, 3. Gestaltung von pluralistischen Verhältnissen.
- *Handlungsinstrumente* der Umsetzung der Massnahmen: 1. Information, 2. Sensibilisierung, 3. Prävention, 4. Beratung und Intervention, 5. Privilegierung, 6. Öffnung der Institutionen.
- *Kontrolle* der Umsetzung der Massnahmen: Benchmarking, Evaluation, Politikanalyse, Reformulierung der Massnahmen.

4.3 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion formuliert in Zusammenarbeit mit den andern Direktionen und auf der Grundlage der Strategie konkrete Massnahmen des Diskriminierungsschutzes. Jede Mass-

nahmen enthält auf der Grundlage der strategischen Elemente (siehe 4.2) Informationen zu: Thema, Ziel, Inhalt, Rechtsinstrumentarium, Handlungsebene(n), Handlungsinstrument(e) und Elemente des Controlling. (betrifft: insb. Artikel 16 Absatz 2 VE-IntG, weiter: Artikel 1 litera g, 2 Absatz 2, 7 Absatz 1, 13, 15, 17 Absatz 5, 18 Absatz 1, 20 Absatz 1, 21 Absatz 2 litera 1, 25 Absatz 2 litera b VE-IntG)

4.4 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion stellt sicher, dass die Antidiskriminierungspolitik als eine eidgenössische Verbundaufgabe gemeinsam mit Bund und Gemeinden entwickelt und umgesetzt wird. Hierfür prüft sie die folgenden drei strategischen und operativen Kooperationsgefässe: (betrifft: insb. Artikel 15 Absatz 2, 17 Absätze 2-4, 18, 20 VE-IntG).

- Kooperation mit den Gemeinden (z.B. in Form einer jährlichen Strategiesitzung).
- Zusammenarbeit mit dem Bund (z.B. über die Teilnahme und Fortentwicklung des bereits geschaffenen Kooperationsgefässes des Bundesamtes für Migration BFM und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB im Rahmen des EKIM-Prozesses).
- Interkantonale Zusammenarbeit (z.B. in Form einer jährlichen Strategiesitzung im Rahmen einer kantonalen Konferenz).

4.5 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion strebt an, die Grundsätze der strategischen und operativen in der Verordnung, im Leitbild und in der Strategie zu verankern.

4.6 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion stellt in Zusammenarbeit mit den andern Direktionen sicher, dass die operative Zuständigkeit und die operative Zusammenarbeit in den Massnahmenplänen für jede Massnahme konkretisiert werden.

Empfehlung 5: Diskriminierung beobachten, dokumentieren und analysieren

Kernempfehlungen

5.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt der Regierung, einen Gesetzes- und Verordnungsvorschlag für die Erfassung und Analyse valider Daten zum Vorkommen von Diskriminierung zu erarbeiten. Einen Auftrag zur Erfassung von Daten sollte bereits im Integrationsgesetz verankert werden. So dann kann die entsprechende Konkretisierung an den Verordnungs- bzw. Strategiegeber sowie allenfalls an den Regelgesetzgeber delegiert werden.

5.2 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt der Regierung, ihr und der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion den Auftrag der Umsetzung zu erteilen. Angesichts bedeutender methodischer Herausforderungen und zwecks Kostenreduktion arbeiten die zuständigen Direktionen bei der Konzipierung eines Datenerfassungssystems eng mit den zuständigen Bundesstellen und den andern Kantonen sowie mit bestehenden Strukturen der Zivilgesellschaft wie z.B. dem « Beratungsnetz für Rassismuspfer » und den Hochschulen zusammen.

5.3 Die für die Umsetzung zuständigen Direktionen berücksichtigen die folgenden methodischen Grundsätze und Datenquellen:

- *Methodische Grundsätze:* 1. Methodenpluralismus (Kombination von objektiven und subjektiven Datenquellen), 2. periodische Datenerfassung, 3. spezifische und lösungsorientierte Datenerfassung. Allgemeine Datensätze sind ebenso zentral wie die Erfassung von spezifischen Schwerpunktdaten (z.B. mehrdimensionale Diskriminierung von ausländischen Frauen, Diskriminierung in bestimmten Lebensbereichen etc.);
- *Datenquellen und Erhebungsmethoden:* z.B. 1. quantitative statistische Datenquellen, 2. Situationstesting, 3. Statistiken zu Beratungsfällen, 4. qualitative Interviews mit Diskriminierungsbetroffenen, 5. qualitative Interviews mit Gate-Keepern, 6. Umfragen über die Einstellung der Bevölkerung gegenüber der ausländischen Bevölkerung.

5.4 Die für die Konzipierung und Umsetzung der Datenerhebungen zuständigen Direktionen gewährleisten, dass die erfassten Daten ausschliesslich der effektiven Bekämpfung von Diskriminierung dienen. Bei der Datenerfassung wird darauf geachtet, dass eine möglichst praxisrelevante Typologisierung vorgenommen wird. Vorgeschlagen wird die folgende praxisrelevante Grundstrukturierung in fünf Diskriminierungstypen:

- Direkte Diskriminierung / Indirekte Diskriminierung.
- Eindimensionale Diskriminierung / Mehrdimensionale Diskriminierung.
- Präferenzbedingte Diskriminierung / Statistische Diskriminierung.
- Interpersonelle Diskriminierung / Strukturelle Diskriminierung.
- Gewalt / Äusserung / Benachteiligung / Schutzunterlassung.

5.5 Für die Datenerfassung werden folgende weitere Kriterien der Daten-Systematisierung vorgeschlagen:

- Diskriminierungsmotiv (ideologisch, nicht-ideologisch).
- Diskriminierungsstruktur (egalitär, hierarchisch).
- Lebensbereiche (z.B. Erwerbsleben, Wohnen, Freizeit, staatliche Leistungen, etc.).
- Diskriminierende Akteure (z.B. Staatliche Akteure, Jugendliche, etc.).
- Diskriminierte „Gruppen“ (z.B. nach Religion, Herkunft, etc.).
- Mittel der Diskriminierung (Äusserung, Gewalt, Leistungsverweigerung, etc.).

B. Massnahmenbereich I: Diskriminierungsverbote

Empfehlung 6: Diskriminierungsverbote als Instrument gegen Diskriminierung

Kernempfehlungen

6.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion strebt gemeinsam mit der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion an, dass Diskriminierungsverbote als zentrales Instrument in die kantonale Antidiskriminierungsarbeit integriert werden. Sie berücksichtigt die folgenden vier Typen von Diskriminierungsverboten:

- Verwaltungsrechtliche Verbote staatlicher Diskriminierung: Sie unterstützen die wirksame Durchsetzung der völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote.
- Privatrechtliche Diskriminierungsverbote: Sie fördern die Selbstverantwortung und Autonomie der Diskriminierungsbetroffenen bei der Durchsetzung ihrer Rechte.
- Ordnungsrechtliche Verbote privater Diskriminierung: Sie stellen im öffentlichen Interesse sicher, dass systematische Diskriminierungen privater Akteure unterbunden werden.
- Strafrechtliche Diskriminierungsverbote: Sie tragen zur nachhaltigen Stabilisierung des öffentlichen Friedens bei und setzen ein symbolisches Zeichen, dass die Gesellschaft schwerwiegende Formen der Diskriminierung im öffentlichen Raum nicht toleriert.

6.2 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion wirkt darauf hin, dass die entsprechenden Diskriminierungsverbote institutionell abgesichert werden. Eine solche institutionelle Absicherung setzt wirksame In-

stitutionen voraus, dazu gehören neben Gerichten auch: niedrigschwellige Schlichtungs-, Beratungs- und Interventionsstellen. (s. hierzu auch hinten).

Empfehlung 7: Verwaltungsrechtliche Verbote staatlicher Diskriminierung

Kernempfehlungen

7.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion schlägt dem Regierungsrat vor, im Rahmen der Regelstrukturgesetzgebung und -umsetzung gesetzgeberische Konkretisierungen der völker- und verfassungsrechtlichen Verbote staatlicher Diskriminierungen zu prüfen. Betroffen sind beispielsweise folgende Regelstruktur-Bereiche bzw. Rechtsgebiete: (Betrifft: Artikel 4 Absätze 1-2, 15, 18 VE-IntG)

- Kindergarten, Volksschule, Mittelschule, Berufsbildung und Hochschule (Bildungsrecht),
- Gesundheitswesen (Gesundheitsrecht),
- Sozialwesen (Sozialhilferecht),
- Jugendschutz (Jugendschutzrecht),
- Polizeiwesen (Polizeirecht),
- Migration (Migrationsrecht).

7.2 Die verwaltungsrechtlichen Diskriminierungsverbote sind stufengerecht und so konkret wie möglich auf Gesetzes-, Verordnungs- und Weisungs-/Richtlinien/Leitfadenebene zu verankern. Besonders zentral ist deren praxisorientierte Konkretisierung in konkreten Handlungsanweisungen zuhanden der zuständigen Stellen.

7.3 Damit die spezifizierten Diskriminierungsverbote Wirksamkeit entfalten, sind in der Regelgesetzgebung Bildungs-, Beratungs- und Coachingaufträge an die zuständigen Direktionen und Programme der interkulturellen Öffnung zu verankern (siehe auch Empfehlungen). (Betrifft: Artikel 15, 18 VE-IntG)

Empfehlung 8: Förderung des privatrechtlichen Diskriminierungsschutzes

Kernempfehlungen

8.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt dem Regierungsrat, sich gemeinsam mit weiteren Kantonen und Gemeinden für einen gerechten, transparenten, effektiven, legistisch kohärenten und effizienten privatrechtlichen Diskriminierungsschutz einzusetzen. (Betrifft: Artikel 15 VE-IntG)

8.2 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt dem Regierungsrat, gemeinsam mit weiteren Kantonen und Gemeinden eine Standesinitiative oder eine Stellungnahme an den Bundesrat zu erarbeiten, die auf die folgenden zentralen Elemente einer privatrechtlichen Diskriminierungsschutzgesetzgebung hinweist (siehe hierzu auch den Modellvorschlag im Annex):

- *Zweck des Gesetzes:* Diskriminierung verhindern, beseitigen, verringern, sanktionieren und wieder gut machen. Weiter: Rahmenbedingungen schaffen, die es Menschen ermöglichen, ohne Diskriminierung am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen, und Rahmenbedingungen schaffen, die es Menschen ermöglichen, auf dem Rechtsweg wirksam gegen Diskriminierung vorzugehen.
- *Geltungsbereich:* Güter, Dienstleistungen, Bildung, Erwerbsleben, Wohnraum, Vereins- und Gesellschaftswesen, Öffentlicher Raum.
- *Instrumente:* Diskriminierungsverbote Rechtsansprüche, Durchsetzungsinstrumente, Fördermassnahmen, Institutionelle Absicherung.
- *Grundsätze:* Gerechtigkeit, Wirksamkeit, Rechtssicherheit, Effizienz.
- *Diskriminierungsverbote:* Verboten sind: Direkte Diskriminierung, Indirekte Diskriminierung, Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen, Belästigung, Assoziationsdiskriminierung, 6. Schutzunterlassung, Mehrdimensionale Diskriminierung.
- *Rechtsansprüche:* Unterlassung einer drohenden Diskriminierung, Beseitigung einer bestehenden Diskriminierung, Feststellung einer Diskriminierung, Entschädigung, Genugtuung, Schadenersatz. Weiter: Kontrahierungszwang bei einer Vertragsverweigerung, Anpassung des Vertragsinhaltes bei einer Vertragsinhaltsdiskriminierung, Nichtigkeit einer diskriminierenden Kündigung. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit.
- *Durchsetzung der Rechtsansprüche:* Beistandschaft von Verbänden, Verbandsklagerecht auf Feststellung einer Diskriminierung, Unentgeltlichkeit des Verfahrens, Untersuchungsmaxime, Beweislast erleichterung, Schlichtungsstelle.

- *Fördermassnahmen*: Privilegierungen, Strukturfinanzierungen für Beratungs-, Sensibilisierungs- und Präventionsstellen.
- *Institutionen*: Bundesamt für Diskriminierungsschutz, Departementale Fachstellen für Diskriminierungsfragen, Eidgenössische Kommission gegen Diskriminierung.

8.3 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt dem Regierungsrat, eine Standesinitiative vorzubereiten, die bezweckt, in der Bundesverfassung einen Nichtdiskriminierungsgrundsatz zwischen Privaten sowie einen ausdrücklichen Auftrag an den Bundesgesetzgeber, den Nichtdiskriminierungsgrundsatz mittels gesetzlicher Bestimmungen zum Schutz vor Diskriminierung zu spezifizieren. Denkbar wäre die Einreichung des folgenden Vorschlages:

Diskriminierungsverbot – Art. 8 Abs. 5 BV

⁵ Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung gilt auch in Beziehungen zwischen Privaten. Er verbietet jede direkte oder indirekte Diskriminierung, insbesondere in Arbeits- und Mietverhältnissen, sowie in jeder Beziehung, in der Güter oder Dienstleistungen der Öffentlichkeit zur Befriedigung eines alltäglichen Bedürfnisses angeboten werden. Der Gesetzgeber schafft ergänzende Massnahmen im Straf-, Privat- oder öffentlichen Recht. (Vorschlag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus)

Empfehlung 9: Ordnungrechtliche Verbote privater Diskriminierung

Kernempfehlung

9.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion schlägt dem Regierungsrat vor, in Bereichen der staatlichen Aufsicht über die Tätigkeit von Privaten die Verankerung ordnungsrechtlicher Diskriminierungsverbote zu prüfen. Betroffen sind beispielsweise folgende Bereiche bzw. Rechtsgebiete: (Betrifft: Artikel 4 Absätze 1-2, 15, 18 VE-IntG)

- Gastgewerbe (Gastgewerberecht),
- Dienstleistungen privater Bildungseinrichtungen (Bildungsrecht),
- Gesundheitsdienstleistungen (Gesundheitsrecht),
- Alters- und Fürsorgeleistungen (Pflegerecht),

Zusatzeempfehlung

9.2 Ergänzend zu den ordnungsrechtlichen Diskriminierungsverboten prüft die Gesundheits- und Fürsorgedirektion gemeinsam mit der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion, ob und wie das ordnungsrechtliche Sanktioneninstrumentarium diskriminierungsschutzspezifisch auszubauen ist. Denkbar ist etwa ein der Aufsicht unterstehendes Unternehmen bei systematischer Diskriminierung zu verpflichten, Handlungsanweisungen gegen Diskriminierung vorzusehen oder Schulungen zu absolvieren.

Empfehlung 10: Evaluation der Rassismustrafnorm

Kernempfehlungen

10.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt dem Regierungsrat darauf hin, dass er sich in Zusammenarbeit mit anderen Kantonen und den Gemeinden beim Bund für eine Wirkungs- und Wirksamkeitsanalyse einsetzt. Folgende drei Fragen stehen im Zentrum:

- Rolle der Strafnorm im Gesamtgefüge der rechtlichen Instrumente zum Abbau von Integrationshemmnissen,
- Verhältnis des Strafrechts zu weiteren rechtlichen Regulierungsmechanismen (z.B. Privatrecht, Verwaltungsrecht) sowie nichtrechtlichen Antidiskriminierungsmassnahmen,
- Schliesslich gilt es zu klären, inwiefern Strafrecht Integration fördern kann.

C. Massnahmenbereich II: Fördermassnahmen

Empfehlung 11: Fördermassnahmen als Instrument gegen Diskriminierung

Kernempfehlungen

11.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion strebt an, dass Fördermassnahmen als zentrales Instrument in die kantonale Antidiskriminierungsarbeit integriert werden. Fördermassnahmen tragen dazu bei, die tatsächliche Gleichstellung zu fördern, die Durchsetzung von Diskriminierungsverboten zu unterstützen und strukturelle Diskriminierungen abzubauen. Es sind die folgenden drei Typen von Fördermassnahmen zu berücksichtigen:

- *Massnahmen zur Ermächtigung von Diskriminierungsbetroffenen:* Sie zielen darauf, die Ressourcen von Diskriminierungsbetroffenen und ihren Interessenorganisationen im Umgang mit Diskriminierung zu stärken und Diskriminierungsbetroffene in der Durchsetzung ihrer Rechte zu unterstützen.
- *Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen:* Sie zielen darauf, Menschen mit Entscheidungsmacht dazu zu bringen, gerecht und ohne Diskriminierung zu beurteilen, Konflikte präventiv zu verhindern und wirksam zu lösen.
- *Massnahmen zur Gestaltung von Verhältnissen:* Sie zielen darauf, die vielfältige Zusammensetzung von Organisationen zu fördern und die Gestaltung des öffentlichen Raumes für die unterschiedlichsten Lebensentwürfe abzusichern.

11.2 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion wirkt darauf hin, dass die entsprechenden Fördermassnahmen institutionell abgesichert werden. Konkret setzt dies die Schaffung von Kompetenzbereichen für die Konzipierung und Umsetzung von Fördermassnahmen in den Zentral- und Regelstrukturen voraus (s. hierzu auch hinten).

Empfehlung 12: Quotenregelungen

Kernempfehlung

12.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion verankert in den Massnahmen eine Pflicht, das Potential von Quotenregelungen zur Abschwächung struktureller ethnisch-kultureller Diskriminierungen von Ausländer_innen einer eingehenden Prüfung zu unterziehen. Folgende Fragen sind zu klären:

- Lebensbereiche, in welchen Ausländer_innengruppen strukturell diskriminierend unterrepräsentiert sind,
- Eignung und Rechtmässigkeit von Quotenregelungen,
- Rahmenbedingungen für eine wirksame Umsetzung von Quotenregelungen.

Empfehlung 13: Gewährleistung eines niedrigschwelligen Informationsangebotes

Kernempfehlungen

13.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion stellt gemeinsam mit den anderen Direktionen und in Zusammenarbeit mit den Gemeinden und der Zivilgesellschaft sicher, dass Informationen zu Diskriminierung und zum Diskriminierungsschutz niedrigschwellig zur Verfügung stehen. Die Informationen richten sich an folgende Akteure: (Betrifft: insb. Artikel 7, 15, 21 Absatz 2 litera e-f, l-m VE-IntG)

- Die kantonale Verwaltung, die Gemeinden, Unternehmen und die Zivilgesellschaft, damit diese in der Lage sind, wirksame Antidiskriminierungsmassnahmen zu entwickeln und umzusetzen.
- Politiker_innen, damit diese fundierte gesetzgeberische Massnahmen ergreifen können.
- Die Bevölkerung, damit sich diese konstruktiv mit der Problematik der Diskriminierung auseinandersetzen kann.

13.2 Die Information sind adressatengerecht zu konzipieren. Bereits bestehende Angebote sollten genutzt und mit den zivilgesellschaftlichen Akteuren, den kantonalen Direktionen und den Gemeinden praxisorientiert aufbereitet und verbreitet werden.

Empfehlung 14: Gewährleistung einer professionellen Beratungsinfrastruktur

Kernempfehlungen

14.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion gewährleistet gemeinsam mit den anderen Direktionen und in Zusammenarbeit mit den Gemeinden und der Zivilgesellschaft, dass im Kanton niederschwellige Beratungsangebote zur Problematik ethnisch-kultureller Diskriminierung zur Verfügung stehen. Diese richten sich an mutmasslich von Diskriminierung Betroffene, an deren Verwandte und Bekannte, an Organisationen und Institutionen. (Betrifft: Artikel 7 Absätze 2-3, 15, 21 Absatz 2 litera f und l-m VE-IntG)

14.2 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion stellt sicher, dass die Beratungsarbeit hohen Qualitätsstandards genügt. Sie fördert anhand einer spezifischen Kriterienliste die Qualität der Angebote, und achtet darauf, dass die Anlauf- und Beratungsstellen etwa folgende Qualitätsgrundsätze beachten:

- Empowerment: Aktives Unterstützen der Sicherheit und Selbstverantwortung der Ratsuchenden.
- Niedrigschwelligkeit: einfach zugängliches, hindernisfreies, kostenloses oder günstiges Angebot in verschiedenen Sprachen.
- Parteilichkeit: Klarer Positionsbezug zugunsten der Ratsuchenden.
- Unabhängigkeit: inhaltlich und personell unabhängiges Auftreten gegenüber staatlichen und privaten Akteuren.
- Vertraulichkeit.
- horizontaler Ansatz: Behandlung der mehrdimensionalen Diskriminierung.
- Interdisziplinarität: umfassender Beratungsansatz, der die psychosoziale Beratung, die juristische Beratung sowie die nichtrechtliche und rechtliche Intervention als Methoden nutzt.
- prozess- und zielorientiertes Vorgehen: Strukturierte Beratungsarbeit.
- Dokumentation: Systematische Dokumentation des Beratungsprozesses und Aufnahme der zentralen Falldaten.

Es wird empfohlen, die Qualitätsstandards in enger Kooperation mit den bestehenden Anlauf-, Beratungs- und Interventionsstellen zu erarbeiten. Diesbezüglich sollte auch das Know-how des « Beratungsnetzes für Rassismuspfer » genutzt werden. (Betrifft: insb. Artikel 15, 21 Absatz 2 litera f und l-m VE-IntG)

14.3 Damit ein quantitativ genügendes und qualitativ hochstehendes Beratungsangebot gewährleistet werden kann, strebt die Gesundheits- und Fürsorgedirektion eine nachhaltige finanzielle und fachliche Unterstützung der Beratungsstellen an. Konkret bedeutet dies (Betrifft: insb. Artikel 15, 21 Absatz 2 litera f und l-m VE-IntG):

- Sie stellt in Zusammenarbeit mit den andern Direktionen und den Gemeinden eine starke Strukturfinanzierung zur Verfügung.
- Sie fördert in Zusammenarbeit mit den Gemeinden, dem Bund, der Zivilgesellschaft und den Bildungsinstitutionen ein angemessenes Aus- und Weiterbildungsangebot. Bereits bestehende Angebote von Anlauf- und Beratungsstellen, so insbesondere dasjenige der Mitglieder des « Beratungsnetzes für Rassismuspfer », sind zu nutzen.

14.4 Damit die Unabhängigkeit der Beratungsstellen, die über einen kantonalen oder kommunalen Leistungsauftrag gebunden, bestmöglichst gewahrt bleibt, schlägt die Gesundheits- und Fürsorgedirektion ein unabhängiges Controlling vor. Beispielsweise kann der Integrationskommission ein Auftrag erteilt werden, das Controlling zu übernehmen. (Betrifft: Artikel 15, 19 VE-IntG)

14.5 Neben der spezialisierten Antidiskriminierungsberatung braucht es auch innerhalb der nicht-spezialisierten Regelstrukturangebote Know-how in der Antidiskriminierungsberatung. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion stellt bei der Umsetzung der Integrationsmassnahmen sicher, dass sowohl innerhalb der Verwaltung als auch bei den zahlreichen privaten Beratungsangeboten für Migrant_innen Wissen und Können betreffend die Antidiskriminierungsberatung entwickelt wird. Im Zentrum steht dabei der Aufbau von Kompetenzen, Diskriminierung zu erkennen und adäquate Schritte für eine angemessene Berücksichtigung der Diskriminierungsproblematik einzuleiten (z.B. Weiterleitung, Kooperation mit einer spezialisierten Beratungsstelle). (Betrifft: Artikel 15, 21 Absatz 2 litera e-g und l-m VE-IntG)

Empfehlung 15: Gewährleistung von Sensibilisierungs- und Präventionsmassnahmen

Kernempfehlungen

15.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion gewährleistet gemeinsam mit den anderen Direktionen und in Zusammenarbeit mit den Gemeinden und der Zivilgesellschaft, dass im Kanton niederschwellige Sensibilisierungs- und Präventionsangebote zur Problematik ethnisch-kultureller Diskriminierung zur Verfügung stehen. Diese richten sich an mutmasslich von Diskriminierung Betroffene, an Organisationen, Unternehmen und staatliche Institutionen. (Betrifft: Artikel 15, 21 Absatz 2 litera c-d, g und l VE-IntG)

Empfehlung 16: Förderung der Vernetzung

Kernempfehlungen

16.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion gewährleistet bei der Umsetzung der Integrationsmassnahmen, dass ein massgeblicher Teil der zur Verfügung stehenden Ressourcen in die lösungsorientierte Vernetzung der spezialisierten Antidiskriminierungsakteure einerseits und der Regelstrukturspezialist_innen andererseits aus Zivilgesellschaft, Politik, Wirtschaft und Wissenschaft investiert wird. (Betrifft: Artikel 15, 21 Absatz 2 litera c-m VE-IntG).

16.2 Die Vernetzung bezweckt, konkrete Problemfelder zu analysieren und spezifische Lösungsoptionen zu erarbeiten und umzusetzen. Damit dies gewährleistet ist, fördert die Gesundheits- und Fürsorgedirektion in Zusammenarbeit mit den Gemeinden und den andern Kantonen qualitativ hochstehende Netzwerke. Es wird empfohlen, die folgenden Bereiche zu berücksichtigen:

- Förderung des Know-how in der Beratungsarbeit (Vernetzung der Beratungsstellen, vgl. hierzu das bereits aktive Projekt Beratungsnetz für Rassismuskritiker), (Betrifft: insb. Artikel 21 Absatz 2 litera m VE-IntG)
- Förderung der anwaltschaftlichen Interventionsarbeit (Vernetzung von Anwälten und Beratungsstellen), (Betrifft: insb. Artikel 21 Absatz 2 litera m VE-IntG)
- Förderung der politischen Vernetzung der Praxisakteure (Vernetzung der Praxisakteure, die gewillt sind, sich politisch zu artikulieren), (Betrifft: insb. Artikel 21 Absatz 2 litera l VE-IntG)
- Förderung der anwendungsorientierten Grundlagenforschung zur Konzipierung wirksamer Antidiskriminierungsmassnahmen (Vernetzung von Praxisakteuren und Wissenschaft). (Betrifft: insb. Artikel 21 Absatz 2 litera i VE-IntG)

16.3 Aufgrund notwendiger Synergieeffekte strebt die Gesundheits- und Fürsorgedirektion eine enge Kooperation mit den Kantonen, den Städten und dem Bund an. Dies ermöglicht zum Einen, eine Vernetzung über die kantonalen Grenzen hinweg – und damit ein verbesserte Know-how-Transfer. Zum Andern erlaubt dies ein effizienteres Vorgehen, da die Kosten für die Vernetzungsarbeit geteilt werden können. (Betrifft: Artikel 15 Absatz 2 VE-IntG)

Empfehlung 17: Öffnung der Institutionen

Kernempfehlungen

17.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion entwickelt in Zusammenarbeit mit den andern Direktionen, den Gemeinden, der Zivilgesellschaft und spezialisierten Bildungseinrichtungen ein nachhaltiges Programm der (interkulturellen) Öffnung der kantonalen und kommunalen Institutionen. Zweck ist es, die Institutionen systematisch und regelmässig zu befragen und sie darauf abzuklopfen, ob die Räume, die Leitideen, die Regeln, die Routinen, die Führungsstile, die Ressourcenverteilung sowie die Kommunikation nach aussen und die Erbringung von Leistungen im Hinblick auf die Vielheit gerecht, diskriminierungsschutzsensibel und effektiv sind. (Betrifft: Artikel 4, 15, 18, 20, 21 Absatz 2 lit. c, d, g-h, l VE-IntG)

17.2 Projekte der interkulturellen Öffnung der Institutionen thematisieren insbesondere die folgenden Aspekte:

- Auseinandersetzung der Belegschaft mit den eigenen Vorurteilen;
- Vermittlung von theoretischen Wissen soziologischer, historischer, psychologischer, ökonomischer, politologischer und juristischer Natur;
- Vermittlung von theoretischem Wissen zum Gleichheits-Mainstreaming in der Verwaltung;
- Evaluation der benachteiligenden und diskriminierenden Strukturen innerhalb der Abläufe der eigenen Organisation und im entsprechenden Aufgabenbereich;
- Entwicklung und Eintrainieren von praxisbezogenen Handlungsanleitungen für eine diskriminierungsschutzsensible Institution.

17.3 Bei der Konzipierung und Umsetzung von Projekten sind die folgenden fünf Aspekte zu berücksichtigen (Quelle: Kompetenzzentrum für interkulturelle Konflikte TikK, www.tikk.ch):

- Der Anlass eines Projektes soll ein konkretes Problem sein;
- Die politische Führung muss für das Vorhaben eintreten und sich selbst daran beteiligen;
- Die Mitarbeiter_innen müssen für sich selbst einen direkten Nutzen erkennen können;
- Ausländer_innen müssen als gleichwertig Beteiligte mit einbezogen werden;
- Eine neutrale Projektbegleitung ist sinnvoll.

17.4 Bei der Umsetzung von Projekten sind weiter die folgenden Qualitätskriterien zu beachten:

- Inklusive Institutionen: Die interkulturelle Öffnung von Institutionen bezweckt nicht eine bestmögliche Integration des Fremden, sondern eine gemeinsame Bearbeitung der Frage, wie Organisationen ihre Entscheidungen und Verhältnisse im Sinne der Gesamtbevölkerung ausgestalten können.
- Para-institutionell: Der Prozess der institutionellen Öffnung beschränkt sich nicht ausschliesslich auf die Kerninstitutionen (z.B. Soziales, Gesundheit, Schule und Sicherheit). Vielmehr erstreckt er sich auf alle Institutionen (z.B. Wirtschaft, Freizeitbereich).

- Handlungsorientierung: Projekte der interkulturellen Öffnung zielen stets auf ein praxisnahes Eintrainieren von gemeinsam erarbeitetem Wissen.
- Horizontaler Ansatz: Projekte der interkulturellen Öffnung berücksichtigen die Problematik der mehrdimensionalen Diskriminierung.
- Nachhaltiger und periodischer Prozess: ...

17.5 Für die Qualität des Angebotes zentral ist die Unterstützung durch die Zivilgesellschaft, insbesondere die betroffenen Ausländer_innen. Daher stellt die Gesundheits- und Fürsorgedirektion bei der Entwicklung und Umsetzung konkreter Projekte zur institutionellen Öffnung sicher, dass diese stets gemeinsam mit den Migrant_innen definiert und umgesetzt werden. Insbesondere wird empfohlen:

- bei der Entwicklung und Umsetzung die langjährige Erfahrung des Kompetenzzentrums für interkulturelle Konflikte (TikK) zu nutzen, (Betrifft: insb. Artikel 15 Absatz 2 VE-IntG) und
- dass sowohl die Migrant_innen als auch spezialisierte Antidiskriminierungsorganisationen (wie z.B. das gggfon – gemeinsam gegen Gewalt und Rassismus, Multimondo Biel/Bienne) in die Entwicklung und Umsetzung involviert werden. (Betrifft: insb. Artikel 15 Absatz 2 VE-IntG)

Empfehlung 18: Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen

Kernempfehlungen

18.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion empfiehlt dem Regierungsrat, dem Grossen Rat einen Vorschlag zu unterbreiten, im Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBG) ein Diskriminierungsverbot und eine Gleichstellungsklausel zu verankern. (Betrifft: Artikel 4 Absatz 2-3, 15 VE-IntG; Artikel 10 Absatz 2 KV-BE)

- Das *Diskriminierungsverbot* bezweckt, die Auftragnehmer_innen zu verpflichten, Diskriminierungen ihrer Angestellten und ihrer Kundschaft zu unterlassen;
- Die *Gleichstellungsklausel* bezweckt, die Auftragnehmer_innen zu verpflichten, angemessene Massnahmen zur Öffnung ihres Unternehmens einzuleiten (z.B. Programme der interkulturellen Öffnung des Unternehmens, Projekte zur Rekrutierung von Migrant_innen, Antidiskriminierungsschulungen für das Personal, interne Beratungsstelle für Diskriminierungs Betroffene).

18.2 Im ÖBG sind angemessen Sanktionen festzulegen für Auftragsnehmer_innen, die gegen das Diskriminierungsverbot. Insbesondere ist die Möglichkeit zu schaffen, dass sie über eine bestimmte Zeit von künftigen Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen werden.

18.3 Im Ausschreibungsverfahren ist festzulegen, dass bei der Vergabe von Leistungsaufträgen die Qualität der Gleichstellung innerhalb der Offertsteller_innen als Kriterium für den Zuschlag angemessen berücksichtigt wird.

18.4 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion stellt gemeinsam mit den zuständigen Direktionen sicher, dass die Umsetzung der Nichtdiskriminierungs- und Gleichstellungsklauseln eingehalten wird.

Empfehlung 19: Finanzleistungen als Anreizsystem

Kernempfehlungen

19.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion verankert in den Massnahmen die Pflicht zu prüfen, Finanzleistungen an Private mit der Auflage der Nichtdiskriminierung und der Gleichstellung zu verbinden.

- Das *Diskriminierungsverbot* bezweckt, die Leistungsempfänger_innen zu verpflichten, Diskriminierungen ihrer Angestellten und ihrer Kundschaft zu unterlassen;
- Die *Gleichstellungsklausel* bezweckt, die Leistungsempfänger_innen zu verpflichten, angemessene Massnahmen zur Öffnung ihres Unternehmens einzuleiten (z.B. Programme der Öffnung der Unternehmen, Programme zur Rekrutierung von Migrant_innen, Antidiskriminierungsschulungen für das Personal, interne Beratungsstelle für Diskriminierungsbetroffene)

19.2 Es ist insbesondere zu prüfen, ob im Staatsbeitragsgesetz (StBG) die notwendigen Anpassungen vorzunehmen sind. Betroffen sind weitere beispielsweise die folgenden Bereiche:

- Tourismusförderung,
- Privatschulen,
- Förderung des preisgünstigen Mietwohnungsbaus,
- Private Mittelschulen.

19.3 Im StBG und in den Spezialgesetzen der sind angemessene Sanktionen festzulegen auf Leistungsempfänger_innen, die gegen das Diskriminierungsverbot bzw. die Gleichstellungsklausel verstossen. Insbesondere ist die Möglichkeit zu schaffen, dass sie über eine bestimmte Zeit von künftigen Finanzleistungen ausgeschlossen werden.

19.4 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion stellt gemeinsam mit den zuständigen Direktionen sicher, dass die Umsetzung der Nichtdiskriminierungs- und Gleichstellungsklauseln eingehalten wird.

D. Massnahmenbereich III: Institutionen

Empfehlung 20: Institutionen als Instrument der nachhaltigen Umsetzung von Antidiskriminierungsmassnahmen

Kernempfehlungen

20.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion strebt an, dass staatliche, private und zwischenstaatliche Institutionen als zentrales Instrument in die kantonale Antidiskriminierungsarbeit integriert werden. Ihre Funktion ist es, die Fortentwicklung und Durch- und Umsetzung von Diskriminierungsverboten und Fördermassnahmen nachhaltig abzusichern. (Betrifft: Artikel 7, 15, 17-21 VE-IntG)

20.2 Aus völker- und verfassungsrechtlicher Perspektive sind drei Typen von Institutionen notwendig, damit Diskriminierung wirksam bekämpft werden kann. (Betrifft: Artikel 7, 15, 17-19, 21 VE-IntG) Es sind dies:

- Staatliche Institutionen: Sie sind zuständig für die Politikformulierung, die Gewährleistung der ihrer Umsetzung und deren Kontrolle. Weiter sind sie für die Umsetzung derjenigen Antidiskriminierungsmassnahmen zuständig, die in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltung fallen, so insbesondere für den Bereich der Öffnung der Institutionen. (Betrifft: Artikel 15, 17-18, 20 VE-IntG)
- Private Institutionen: Sie sind für die Umsetzung der von der Politik formulierten Antidiskriminierungsmassnahmen zuständig. Dazu gehören neben der anwaltschaftlichen und beratenden Intervention bei Verstössen gegen rechtliche Diskriminierungsverbote auch weiche Fördermassnahmen wie z.B. Information, Sensibilisierung, Prävention, Vernetzung und Beratung. (Betrifft: Artikel 7, 15, 21 VE-IntG)

- Zwischenstaatliche, unabhängige Institutionen: Sie sind einerseits für die unabhängige Gesellschaftsbeobachtung verantwortlich, indem sie neuartige Phänomene aktiv aufspüren und analysieren. Weiter haben sie die Aufgabe der kritischen Politikberatung, die unabhängig von Staat und Zivilgesellschaft aufgrund einer Gesellschaftsanalyse die Politik kritisiert und Empfehlungen formuliert. (Betrifft: Artikel 19 VE-IntG)

20.3 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion unterstützt die Gemeinden bei der Schaffung angemessener kommunaler Institutionen. (Betrifft: Artikel 7, 15, 17, 20 VE-IntG)

Empfehlung 21: Kantonale und kommunale Fachstellen: Politikgewährleistung

Kernempfehlungen

21.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion wirkt gemeinsam mit dem Regierungsrat darauf hin, dass im Integrationsgesetz eine Fachstelle für die Integration und gegen Diskriminierung verankert wird. Falls der Grosse Rat keine entsprechende Regelung formuliert, empfiehlt die Gesundheits- und Fürsorgedirektion dem Regierungsrat, dies in der Verordnung zu korrigieren. Die Fachstelle für die Integration hat folgende Aufgaben: (Betrifft: Artikel 15, 17-18, 20 VE-IntG)

- Fachlicher Motor der Politikformulierung und -anpassung: Die Aufgabe umfasst einerseits die fachliche Schlüsselverantwortung für die Formulierung der strategischen und konzeptionellen Arbeit – Art. 16 IntG spricht von Leitbild (Abs. 1) und Massnahmenplänen (Abs. 2). Andererseits umfasst diese Funktion die Aufgabe des Politik-Controllings, d.h. der regelmässigen Evaluation der strategischen und konzeptionellen Arbeit sowie – falls notwendig – deren Anpassung (s. Art. 17 Abs. 2). Denkbar ist hier etwa eine Evaluation und Reformulierung gemäss Legislaturzyklus alle vier Jahre.
- Koordination der internehmen Umsetzungsmassnahmen: Die Aufgabe umfasst einerseits den proaktiven Anstoss der Umsetzungsmassnahmen bei den jeweiligen internen und externen Akteuren (s. hierzu insb. Art. 17 Abs. 4 IntG). Gegen innen bedeutet dies den Anstoss der Spezifizierung der Massnahmen für die jeweiligen Direktionen und fachliche Unterstützung. Gegen aussen ist sie verantwortlich für die Formulierung von Leistungsaufträgen bzw. die entsprechende Koordination der Vergabe von Leistungsaufträgen an private Akteure, sowie deren Controlling.
- Bindeglied für den Know-how-Transfer zwischen den internen und externen Akteuren: Die Aufgabe einer reaktiven und proaktiven Stelle für fachliche Fragen zum Thema. Einerseits ist die

Fachstelle Anlaufstelle für die Direktionen, die Gemeinden, den Bund und die Zivilgesellschaft für sämtliche Fragen zum Thema ethnisch-kulturelle Diskriminierung; sie bearbeitet die Anfragen entweder eigenständig oder übernimmt die Triageverantwortung. Andererseits umfasst die Bindeglied-Funktion auch die Aufgabe, proaktiv den Akteuren notwendiges Know-how zum Thema des Schutzes vor ethnisch-kultureller Diskriminierung zu vermitteln.

- Subsidiäre Umsetzung, insbesondere im Bereich der interkulturellen Öffnung der Verwaltung: Die Aufgabe umfasst die Übernahme derjenigen Aufgaben im Bereich Sensibilisierung, Prävention und Beratung/Intervention, die von der Zivilgesellschaft und den Regelstrukturen nicht übernommen werden können bzw. sollten. Dies bedeutet einerseits das Zur-Verfügung-Stellen von Basisinformationen für innen und aussen auf den verschiedenen Informationskanälen (wie z.B. Internet, Flyer, Informationsveranstaltungen etc.). Andererseits umfasst dies die Formulierung der notwendigen politischen Aussagen des Regierungsrates und der jeweiligen Direktionsvorsteher und -leitungen. Schliesslich umfasst diese Aufgabe insbesondere die Massnahmen im Rahmen der Öffnung der Verwaltung.

21.2 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion wirkt gemeinsam mit dem Regierungsrat daraufhin, dass im Integrationsgesetz direktionsinterne Anlaufstellen für die Integration und gegen Diskriminierung verankert werden. Falls der Grosse Rat keine entsprechende Regelung formuliert, empfiehlt die Gesundheits- und Fürsorgedirektion dem Regierungsrat, dies in der Verordnung zu korrigieren. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion unterstützt die Direktionen in der Konstituierung der Fachstellen. Die direktionsspezifischen Fachstellen haben folgende Aufgaben: (Betrifft: Artikel 15, 17-18, 20 VE-IntG)

- Direktionsinterner fachlicher Motor der Politikkonkretisierung und –anpassung;
- Koordination der direktionsinternen Umsetzungsmassnahmen;
- Bindeglied für den Know-how-Transfer zwischen den direktionsinternen- und –externen Strukturen;
- Subsidiäre inhaltliche Umsetzung, insbesondere im Bereich der interkulturellen Öffnung der Direktionen.

21.3 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion wirkt gemeinsam mit dem Regierungsrat daraufhin, dass im Integrationsgesetz kommunale Fachstellen für die Integration und gegen Diskriminierung verankert werden. Falls der Grosse Rat keine entsprechende Regelung formuliert, empfiehlt die Gesundheits- und Fürsorgedirektion dem Regierungsrat, dies in der Verordnung zu korrigieren. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion unterstützt die Gemeinden in der Konstituierung der Fachstellen. Die Fachstellen haben u.a. die folgenden diskriminierungsschutzspezifischen Aufgaben: (Betrifft: Artikel 15, 17-18, 20 VE-IntG)

- Anlaufstelle für Fragen rund um den Diskriminierungsschutz;
- Koordination der Antidiskriminierungsmassnahmen in der Gemeindeverwaltung;
- Unterstützung der Antidiskriminierungsmassnahmen in der Gemeinde;
- Strategische und operative Partnerin der kantonalen Fachstelle für die Integration und der Fachstellen der kantonalen Direktionen.

Empfehlung 22: Private Institutionen: Umsetzung konkreter Massnahmen

Kernempfehlungen

22.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion fördert in Zusammenarbeit mit den andern Direktionen und den Gemeinden private Institutionen, die über spezialisiertes Wissen in der Antidiskriminierungsarbeit verfügen. Sie gewährleisten nachhaltige Strukturen und Kompetenzen betreffend die Bereiche Information, Sensibilisierung, Beratung, Intervention, Mediation und Öffnung der Institutionen.

22.2 Es sind private Institutionen mit folgenden Funktionen abzusichern:

- Parteiische Beratung und Intervention: Im Zentrum der Unterstützung von mutmasslichen Diskriminierungsbetroffenen, ihren Angehörigen und Bekannten steht eine unabhängige, niedrige-schellige, fachkompetente, transdisziplinär operierende Anlauf- und Beratungsarbeit.
- Unabhängige Mediation: Neben den parteiisch agierenden Anlauf- und Beratungsstellen braucht es spezifische neutrale Stellen, die in Konflikten des Staates und der Bewohner_innen sowie in Konflikten der Bewohner_innen untereinander unabhängig vermitteln können.
- Sensibilisierung und Prävention: Neben Anlauf- und Beratungsstellen bei Diskriminierungsvorfällen braucht es weiter allgemeine Sensibilisierungs- und Präventionsfachstellen, die nicht Einzelfallbearbeitung anbieten, sondern allgemeine Probleme im Diskriminierungsschutz behandeln.
- Fachnetzwerk für Anlauf- und Beratungsstellen: Damit eine qualitativ hochstehende Beratungs-, Interventions-, Sensibilisierungs- und Präventionsarbeit gewährleistet werden kann, bedarf es des engen Fachaustausches zwischen den verschiedenen Akteuren.

- **Daten-Monitoring:** Die Formulierung einer effektiven Antidiskriminierungspolitik, sowie die Professionalisierung der verschiedenen Akteure aus Verwaltung und Zivilgesellschaft bedürfen eines Monitoring der Diskriminierungsrealität sowie der Wirksamkeit der Massnahmen.
- **Politische Vernetzung:** Die Formulierung zielführender Massnahmen hängt von deren Praxisnähe ab. Daher ist es zentral, dass im Rahmen der Formulierung/Reformulierung, der Konkretisierung/Rekonkretisierung sowie der Evaluation eng mit den Praxispartnern aus der Zivilgesellschaft zusammengearbeitet wird. Damit diese sich Artikulieren können, bedarf es der gemeinsamen Gefässe, über diese eine solche Artikulation möglich ist.

22.3 Kanton und Gemeinden haben die folgenden Aufgaben:

- Strukturfinanzierung;
- Know-how-Transfer;
- Verbindlicherklärung von Qualitätsstandards (im Rahmen von Leistungsverträgen);
- Kontrolle der Umsetzung von Qualitätsstandards (im Rahmen von Leistungsverträgen).

22.4 Die Unabhängigkeit der unterstützten Organisationen ist garantiert. Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion gewährleistet die Unabhängigkeit in engere Kooperation mit der Kommission für die Integration der ausländischen Bevölkerung.

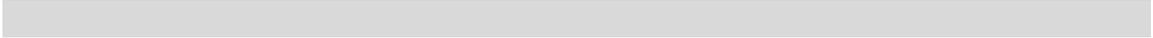
Empfehlung 23: Zwischenstaatliche Institution: unabhängige Politikberatung

Kernempfehlungen

23.1 Die Gesundheits- und Fürsorgedirektion wirkt gemeinsam mit dem Regierungsrat daraufhin, dass im Integrationsgesetz eine unabhängige Institution für die Integration und gegen Diskriminierung verankert wird. Falls der Grosse Rat keine entsprechende Regelung formuliert, empfiehlt die Gesundheits- und Fürsorgedirektion dem Regierungsrat, dies in der Verordnung zu korrigieren. Die Kommission hat folgende Aufgaben: (Betrifft: Artikel 15, 19 VE-IntG)

- Kritische Beobachtung und Analyse der Diskriminierungsproblematik im Kanton Bern;

- Kritische Beobachtung und Analyse der Antidiskriminierungspolitik des Kantons Bern und seiner Gemeinden;
- Abgabe von Empfehlungen an den Kanton.



Anhang

A. Weiterführende Informationen

Im Folgenden finden Sie weiterführende Links auf Internetseiten mit vertiefenden Informationen zur rechtlichen Bekämpfung von rassistischer Diskriminierung und Diskriminierung im Allgemeinen.

- Themendossier Diskriminierungsverbot (international, EU, Schweiz)
Humanrights.ch/MERS: www.humanrights.ch
- Deutschland: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
Antidiskriminierungsstelle: www.antidiskriminierungsstelle.de
- Frankreich: Antidiskriminierungsgesetzgebung
Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité: www.halde.fr
- Italien: Antidiskriminierungsgesetzgebung
Ufficio Nazionale Antidiscriminazioni Razziali (UNAR): www.pariopportunita.gov.it
- Österreich: Gleichbehandlungsgesetz
Gleichbehandlungsanwaltschaft bei der Bundesministerin für Frauen und öffentlichen Dienst:
www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at
- EU-Antidiskriminierungsrecht
EU-Kommission: <http://ec.europa.eu/social>

B. DoSyRa-Fälle im Kanton Bern

Vorfälle im 2008 (sic)¹²⁰²:

- „Jugendtreff hat vermehrt Jugendliche mit Zügen von Hooliganismus und Rechsextremismus“
- „Meldung von Mobbing an Arbeitsstelle aufgrund sexueller Orientierung (Homosexuell) und Herkunft/Religion (Nordafrika/Islam). Aufgrund des Mobbings leidet das mutmassliche Opfer unter starken körperlichen Beschwerden“
- „Trotz Verbot und Auflösung der Nazi-Band Landser, ist ihnen bei einem Internetradio ein eigener ‚Channel‘ gewidmet. Darauf werden Artikel und Lieder von verschiedenen Bands mit rechtsextrem-ideologischem Hintergrund verbrietet und angeboten“
- „Kinder der Familie x und y greifen sich seit einiger Zeit verbal und nonverbal an und provozieren einander. Die Kinder der Fam. Y haben dunkel Hautfarbe. Wörter wie ‚Schwarz, Gestank, Dreck, Hurrensohn, Behindert‘ werden verwendet. Es ist von Aufhetzen anderer Kinder, sowie von Mobbing die Rede. Der Konflikt hat sich bei beiden Parteien auf die ganze Familie ausgeweitet“
- „Mann fühlt sich von einer Behörde diskriminiert behandelt“
- „‚Junge blonde Frau sucht R. Skinheads‘ via Treffpunkt-Inserat in der Zeitung“
- „Diskriminierende Eintrittsverweigerung zwei dunkelhäutiger Schweizern in einem Club. Deren zwei Kollegen haben die Aufforderung der Türsteher – sie zu küssen – nicht befolgt. Dass sie nicht reingelassen werden habe auch etwas mit der Hautfarbe zu tun, bestätigten dann die Türsteher“
- „Der Meldende wurde von einem Fitnessstudiokollegen verbal beschimpft: ‚Cervelat fixierte Arschlöcher‘ und ‚Alle Schweizer sind Schwul‘. Es wurde auch versucht ihn körperlich anzugreifen“
- „Meldende Person fühlt sich als französisch sprechender Schweizer diskriminiert weil die über ihn verfasste Expertise in Deutsch geschrieben wurde“

¹²⁰² Originalzitate, so wie sie von der Beratungsstelle in das System DoSyRa eingespiessen wurden.

- „Bei einer Fahrscheinkontrolle im Bus schikanierte ein Kontrolleur einen Touristen, welcher keine Fahrkarte besass. Zudem äusserte er sich folgendermassen: ‚Es sind immer die Ausländer, die keine Fahrkarte haben’“
- „Konzert einer rechtsextremen Band auf Unwissen des Vermieters des betreffenden Lokales“
- „Meldung, dass zwei Hackenkreuze im öffentlichen Raum entdeckt wurden“
- „Mutter meldet, dass ihr Sohn in der Schule von älteren Schülern rassistisch diskriminiert wird. In der grossen Pause wurde er zu Boden gestossen und als Neger beschimpft“
- „Meldung, dass mehrere Kleber mit Bild und Aufschrift: ‚Rudolf Hess – Märtyrer für Deutschland’ im öffentlichen Raum gesehen wurden“
- „Frau sah ihre zwei Brüder auf ‚Sempacherschlachtfeier’-Fotos. Meldet, dass der Ältere bei den Pnos sei und der Jüngere nun mit der Rechten Szene liebäugle“
- „Anonyme Meldung dass sich in einem Ausgehlokal regelmässig Rechtsextreme treffen welche andere Gäste verbal belästigen“
- „Ein Jugendlicher wird von zwei Mitschülern massiv bedroht nachdem er im Unterricht zum Thema Heimat aus dem zur Verfügung gestellten Lehn eine Serbenflagge formte“
- „Mann, der ein T-Shirt mit Schweizerkreuz trug wurde als Scheisschweizer titulierte. Fragt, ob dies denn nicht rassistisch sei und ob er zuschlagen dürfe“
- „Meldung, dass beim Spiel Italien-Rumänien Italienfans während der italienischen Nationalhymne den Faschistengruss gezeigt haben. Sicherheitsleute schauten zu, griffen jedoch nicht ein“
- „Nach dem EM-Spiel Türkei-Schweiz werden türkische Fans von Rechtsextremen angegriffen“
- „IV-Rentner möchte in der Politik arbeiten, bekommt aber keine Arbeit. Fühlt sich diskriminiert. Möchte ‚einfach wie andere Menschen leben’“
- „Ein Jugendlicher mit ausländischem Aussehen (ein Elternteil ausländischer Herkunft) wird auf dem Heimweg von der Arbeit von einem Skinhead von hinten angegriffen und körperlich verletzt. Täter und Opfer kennen einander nicht, vor dem Übergriff gab es keinen Kontakt zwischen Täter und Opfer“

- „Meldung, dass sich an einem bestimmten Ort jeweils Abends und an den Wochenenden rechte Jugendliche (mit Emblemen) aufhalten“
- „Schüler wird in der Schule von einem Mitschüler rassistisch bedroht und massiv belästigt. Die Klasse hilft mit. Gespräche mit Lehrerin und Schulleitung sind gescheitert“
- „Schülerin mit deutscher Herkunft wird von Lehrerin rassistisch beschimpft, weil sie – im Gegensatz zu ihrer türkischen Mitschülerin – nicht wusste was der 1. August ist. Lehrperson und Schulleitung nehmen den Vorfall nicht ernst“
- „Zwei Jugendliche ausländischer Herkunft werden von zwei Erwachsenen immer wieder rassistisch beschimpft“
- „Ein Jugendlicher dunkler Hautfarbe wird im öffentl. Raum/Freizeit von anderen Jugendlichen rassistisch beschimpft“
- „An einem Flohmarktstand wurden antike Gegenstände mit Nazi-Zeichen angeboten“
- „Drei Männer mit dunkler Hautfarbe wurde der Eintritt in ein Ausgehlokal verweigert mit der Begründung, dass nur ‚Members‘ eingelassen werden. Die Ehefrau (CH) eines der Männer erhielt jedoch die telefonische Auskunft, dass das Lokal für alle geöffnet ist“
- „Mann wurde Eintritt in Ausgehlokal verweigert mit der Begründung er passe heute Abend nicht ins Schema“
- „Frau wird von Arbeitskollegin rassistisch beleidigt und gemobbt“

Vorfälle im 2009 (sic):

- „Ein Mann (dunkelhäutig) meldet, dass er von der Polizei diskriminiert und menschenunwürdig behandelt wurde. Er wurde vor seinem Lokal von 6 Polizisten mit Gewalt angehalten. Sie nahmen ihm die Schlüssel weg und durchsuchten sein Lokal. Er selber wurde auch auf erniedrigende Art und Weise durchsucht. Er fühlt sich benachteiligt und erniedrigt behandelt“
- „Eine Familie wird von der Familie im Haus nebenan (Reihenhaus) schikaniert. Schimpfwörter werden verteilt, Blumen werden abgeschnitten und die Tochter wurde schon körperlich angegriffen. Die betroffene Familie vermutet, dass ihre Herkunft der Grund dafür ist“

- „Der kroatische neofaschistische Sänger Marko Perkovic alias Thompson will in der Schweiz ein Konzert geben“
- „Eine Frau wird von den NachbarInnen im Haus ungerecht behandelt. Obwohl sie nicht laut ist, wird sie ermahnt keinen Lärm zu machen und erhält schliesslich von der Verwaltung die Kündigung. Sie vermutet, dass es etwas mit ihrer Herkunft zu tun haben könnte“
- „In der Stadt wurde ‚Scheiss Jugos‘ auf die Strasse gesprayt“
- „Eine dunkelhäutige Frau wird von ihrer Nachbarin gemobbt. Die Mieterin hat sich bereit bei der Verwaltung gemeldet, worauf diese der dunkelhäutigen Frau mit der Kündigung gedroht haben“
- „Die betroffene Person hat bei der Bundesverwaltung gearbeitet. Dort wurde er von seinem Mentor mehrfach rassistisch beleidigt. Als er sich bei seiner Vorgesetzten beschwert hat, hat er die Kündigung erhalten“
- „In einem Dorf kommt es zu einer Auseinandersetzung zwischen Angehörigen der rechten und der linken Szene. Ein 16-jähriger Junge wird dabei verletzt“
- „An einem Gebäude wurden antisemitische Sprayereien angebracht“
- „In einer Maturzeitung wurden rassistische und fremdenfeindliche Witze publiziert“
- „In einem Dorf wurde eine Fabrik mit rassistischen Sprüchen und Symbolen versprayt“
- „Eine Person meldet, dass sein Neffe eine rechtsextreme Fahne in der Wohnung aufgehängt hat“
- „Eine Stellenbewerbung wurde mit der Begründung schlechter Sprachkenntnisse in Mundart abgelehnt. Die Person spricht und versteht gut Deutsch und sie hat die beruflichen Anforderungen erfüllt. Die Bewerberin vermutet, dass ihre dunkle Hautfarbe der tatsächliche Grund für die Absage war“
- „Schüler zelebrieren während des Unterrichts Hitlergrüsse gegen einen Jungen aus Ostdeutschland, der als Aussenseiter gilt“
- „Meldung, dass sich zwei Jugendbanden rivalisieren. Die eine besteht aus ausländischen und die andere aus rechten Jugendlichen. In der Gemeinde herrscht Spannung“

- „Körperlicher Angriff und Titulierung mit ‚Schweiss-Ausländer‘. Daraufhin musste ein Finger operiert werden“

C. Bibliographie

Im Folgenden finden Sie rechtswissenschaftliche und rechtspolitische Literatur zu den Themen rassistische Diskriminierung und Diskriminierung im Allgemeinen. Die Sammlung ist nicht vollständig.

Schweiz

ARNET RUTH. Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Bern 2007.

AUBERT JEAN-FRANÇOIS. L'article sur la discrimination raciale et la Constitution fédérale, AJP 9, 1079ff.

BECK PETER. Auf eine Tariffdifferenzierung nach Nationalitäten ist zu verzichten!, HAVE 1/2007/, 100f.

BESSON SAMANTHA.

- L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers, Diss. Freiburg 1999 (AISUF) (zit. L'égalité horizontale).
- Les obligations positives de protection des droits fondamentaux. Un essai en dogmatique comparative, Revue de Droit Suisse, 2003, S. 49ff.

BRAUNSCHWEIG THOMAS. Zur Frage der Zulässigkeit der Verwendung des Kriteriums der Staatsangehörigkeit bei der Tarifierung in der Motorhaftpflichtversicherung, Gutachten vom 10. September 2004 des Bundesamts für Justiz BJ im Auftrag des Bundesamts für Privatversicherungen BPV, HAVE 1/2007, 80ff.

BRULHART VINCENT. La liberté contractuelle: fondement juridique et impératif technique de l'assurance privée, HAVE 1/2007, 88ff.

BÜCHLER ANDREA. Islam und Schweizerisches Arbeitsrecht – Diskriminierungsverbot, Religionsdifferenz und Glaubensausübung am Arbeitsplatz, in: Pahud de Mortanges/Tanner (Hrsg.), Muslime und schweizerische Rechtsordnung, Freiburg 2002, S. 427ff.

CAMPRUBI MADELEINE. Kontrahierungszwang gemäss BGE 129 III 35: Ein Verstoss gegen die Wirtschaftsfreiheit. Zugleich ein Beitrag zur Diskussion über die Grundrechtsbindung von öffentlichen Unternehmen, AJP 2004, S. 384ff.

CAPLAZI ALEXANDRA/NAGUIB TAREK. Schutz vor ethnisch-kultureller Diskriminierung in der Arbeitswelt trotz Vertragsfreiheit, in: Iusletter 7.2.2004, 23ff. (zit. Ethnisch-kulturelle Diskriminierung).

CHAIX FRANÇOIS/BERTOSSA BERNHARD. La répression de la discrimination raciale: lois d'exceptions?, in: La Semaine Judiciaire 7/2002, 177ff.

DAHINDEN JANINE/FIBBI ROSITA/MORET JOELLE/CATTACIN SANDRO. Integration am Arbeitsplatz in der Schweiz, Neuenburg 2004.

EGGER THERESE/BAUER TOBIAS/KÜNZI KILIAN. Möglichkeiten von Massnahmen gegen rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt. Eine Bestandesaufnahme von Problemlagen und Handlungsmöglichkeiten, Fachstelle für Rassismusbekämpfung (Hrsg.), Bern 2003.

EGLI PATRICIA. Drittwirkung von Grundrechten – Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2002.

EKR.

- Diskriminierung bei der Einbürgerung. Stellungnahme der EKR zur aktuellen Situation, Bern 2007.
- Stellungnahme vom 14. Juni 2007 der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR zum Arbeitspapier des Bundesamtes für Justiz, datiert Mai 2007, zum Hearing von Bundesrat Christoph Blocher, Vorsteher EJPD, betreffend die Rassismus-Strafnorm vom 23. Mai 2007, www.ekr.admin.ch/dokumentation/00143/index.html?lang=de (Zugriff: 1. August 2009) (zit. Hearing 261bis StGB).
- Statistischer Überblick der Jahre 1995-2008 der Entscheide zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG.
- Die Anwendung der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung. Eine Analyse der Entscheide zu Art. 261bis StGB (1995-2004).
- Politische Agenda zu Rassismus und Antirassismus, Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (Hrsg.), vier Mal jährlich jeweils nach den Sessionen des Bundesparlaments aktualisiert (zit. Politische Agenda).
- Zeitungsarchiv mit Artikeln vom August 1995-Dezember 2008 (zit. Zeitungsarchiv).

EKR/FRB. Zeitungsarchiv 1995-2009 zu: Rassismus, Fremdenfeindlichkeit, Antirassismus und Integration.

EMMENEGGER SUSANNE. Feministische Kritik des Vertragsrechts. Eine Untersuchung zum schweizerischen Schuldvertrags- und Eherecht, Diss. Freiburg 1999, AISUF Band 177.

EXQUIS DOMINIQUE/NIGGLI MARCEL ALEXANDER. Recht, Geschichte und Politik. Eine Tragikomödie in vier Akten über das Rechtsgut bei Leugnung von Völkermord und Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. 261bis Abs. 4 zweite Satzhälfte StGB). Zugleich Anmerkungen zu BGE 129 IV 95, AJP 4/2005, 424ff.

FIBBI ROSITA/KAYA BÜLENT/PIQUET ETIENNE.

- Nomen est Omen : Quand s'appeler Pierre, Afrim ou Mehmet fait la différence, Bern 2003.
- Le passeport ou le diplôme ? Etude des discriminations à l'embauche des jeunes issus de la migration, Forum suisse pour l'étude des migrations et de la population FSM (Hrsg.), Rapport de recherche 31/2003, Neuenburg 2003.

FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER. Das Private und das Politische. Der Begriff der Öffentlichkeit im Strafrecht am Beispiel der Bundesgerichtsentscheide vom 21. Juni 2000 und vom 23. August 2000 betreffend Rassendiskriminierung, AJP 5/2001, 533ff.

GERBER BRIGITTA. Die antirassistische Bewegung in der Schweiz. Organisationen, Netzwerk und Aktionen, Zürich 2003.

GEISER THOMAS. Diskriminierung am Arbeitsplatz: Die Rechtslage in der Schweiz, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (Hrsg.): TANGRAM Nr. 11, September 2001, 13ff.

GUYAZ ALEXANDRE. L'incrimination de la discrimination raciale, Bern 1996.

GÖKSU TARKAN.

- Gedanken zur Kontrahierungspflicht anlässlich von BGE 129 III 35, ZBJV 2004, 35ff.
- Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Diss. Freiburg 2003 (AISUF Nr. 221) (zit. Rassendiskriminierung).
- Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, SJZ 98 (2002), S. 89ff. (zit. Drittwirkung der Grundrechte).

HÄBERLIN URS/IMDORF CHRISTIAN/KRONIG WINFRIED. Von der Schule in die Berufslehre. Untersuchungen zur Benachteiligung von ausländischen und von weiblichen Jugendlichen bei der Stellensuche, Bern/Stuttgart/Wien 2004.

HANGARTNER YVO.

- Grundsätzliche Fragen des Einbürgerungsrechts, AJP 8/2001, 949ff.
- Diskriminierung – ein neuer verfassungsrechtlicher Begriff, ZSR 122 (2003), 97ff. (zit. Diskriminierung).
- Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Freizügigkeitsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Gemeinschaft, AJP 2003, S. 257ff.

HAUSAMMANN CHRISTINA. Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Bern 2008 (zit. Diskriminierung).

IMHOF EDGAR. Die Bedeutung menschenrechtlicher Diskriminierungsverbot für die Soziale Sicherheit, in: Jusletter 2. Februar 2005.

JAUN MANUEL. Diskriminierungsschutz durch Privatrecht – Die Schweiz im Schatten der europäischen Entwicklung, ZBJV 143 (2007), 457ff.

KÄLIN WALTER/CARONI MARTINA. Das verfassungsrechtliche Verbot der Diskriminierung wegen der ethnisch-kulturellen Herkunft, in: Walter Kälin (Hrsg.), Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung. Verfassungs- und menschenrechtliche Aspekte, ZSR – Beiheft 20, Basel u.a. 1999, 67ff.

KÄLIN WALTER. Grundrechte im Kulturkonflikt, Zürich 2000.

KIENER REGINA. Rechtsstaatliche Anforderungen an Einbürgerungsverfahren, rechte 2/2000, 213ff.

KLETT KATHRIN. Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, BJM 4/2005, 161ff.

KREIS GEORG. Kein Volk von Schafen. Rassismus und Antirassismus in der Schweiz, Zürich 2007.

KULL VIVIANE. Nationalität als Tarifierungselement bei der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung, in: Diskriminierung und Integration, Festschrift zum 60. Geburtstag von Frau Professor Marie Theres Fögen, Zürich/St. Gallen 2006, 241ff.

KUNZ KARL-LUDWIG.

- Neuer Straftatbestand gegen Rassendiskriminierung- Bemerkungen zur bundesrätlichen Botschaft, ZStrR 2/1992, 154ff. (zit. Rassendiskriminierung).
- Zur Unschärfe und zum Rechtsgut der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG), ZStrR 116 (1998), 223ff.

KÜNZLI JÖRG/KÄLIN WALTER. Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht, in: Kälin/Malinverni/Nowag (Hrsg.), Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte, 2. Auflage, Basel/Frankfurt am Main 1997, S. 105ff.

MAHON PASCAL. Art. 35 Cst., in: Auber/Mahon (Hrsg.): Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich 2003.

MARTENET VINCENT. La protection contre des discriminations émanant de particuliers, ZSR 1/2006, 419ff.

MASTRONARDI PHILIPPE. Menschenwürde als materielle „Grundnorm“ des Rechtsstaates, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), Bern 2001, S. 233ff.

MÜLLER JÖRG PAUL. Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten, in: Daniel Thürer/Jean François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 39.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS. Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Auflage, Bern 2008.

MÜLLER PETER. Abstinenz und Engagement des Strafrechts im Kampf gegen Ausländerfeindlichkeit, AJP 6/1996, 659ff.

NAGUIB TAREK.

- Postkategoriale ‚Gleichheit und Differenz‘: Antidiskriminierungsrecht ohne Kategorien denken?, in: Junges Forum Rechtsphilosophie (Hrsg.), ARSP-Beiheft, Gleichheit und Unparteilichkeit (erscheint voraussichtlich im August 2011).

- Antidiskriminierungsrecht im Vergleich: Schweiz – Europäische Union, in: Jusletter 21. März 2011.
- Mehrdimensionale Diskriminierung, in: AGILE Behinderten-Selbsthilfe Schweiz, AGILE-Bulletin 1/2011.
- Recht gegen rassistische Diskriminierung. Analyse und Empfehlungen, Studie der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR, Bern 2010.
- Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutzrecht zwischen Normativität, Realität und Idealität, AJP 2009 (zit. Diskriminierung).
- Sind nationalitätsbedingte Unterschiede bei Autoversicherungsprämien diskriminierend und rechtswidrig, HAVE 1/2007, 96ff. (zit. Autoversicherungsprämien).
- Rassendiskriminierende Einstellungspraxis: Besprechung des ersten EuGH-Urteils zur Richtlinie 2000/43 mit Anmerkungen aus einer schweizerischen Perspektive, AJP 10/2008, 1240ff. (zit. rassendiskriminierende Einstellungspraxis).
- Rechtsratgeber – Rassistische Diskriminierung, Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB (Hrsg.), Bern 2009, erarbeitet im Rahmen des Projekts «Beratungsnetz für Rassismuspfer», Humanrights.ch/MERS und Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (zit. Rechtsratgeber).

NAGUIB TAREK/CAPLAZI ALEXANDRA. Der Schutz gegen Rassendiskriminierung in der Arbeitswelt ist noch zu schwach, in: Menschenrechte Schweiz (Hrsg.): Humanrights.ch 1/2005, 2f.

NAGUIB TAREK/ZANNOL FABIANNE.

- Une loi pénale contre le racisme, in: Monique Eckmann/Michèle Fleury (Hrsg.): Racisme(s) et citoyenneté, les éditions, Genf 2005, 395ff.
- Zehn Jahre Strafnorm gegen Rassendiskriminierung (Art. 261bis, Art. 171c MStG): ein Rückblick unter Einbeziehung der nicht publizierten Praxis, recht 5/2006, 161ff.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER.

- Rassendiskriminierung. Ein Kommentar zu Art. 261bis StGB und Art. 171c MStG, 2. überarbeitete Auflage, Zürich u.a. 2007 (zit. Rassendiskriminierung).
- Rassismus-Strafnorm: Kein Maulkorbgesetz, plädoyer 2/1998, 27ff.
- Diskriminierung durch Plakataushang, in: GMS/GRA/EKR (Hrsg.): Rassendiskriminierung. Gerichtspraxis zu Art. 261bis StGB. Analysen, Gutachten und Dokumentation 1995-1998, 265ff.
- Bemerkungen zur Motion Gusset, GMS/GRA/EKR (Hrsg.): Rassendiskriminierung. Gerichtspraxis zu Art. 261bis StGB. Analysen, Gutachten und Dokumentation 1995-1998, 283ff.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/METTLER CHRISTOPH/SCHLEIMINGER DORRIT. Zur Rechtsstellung des Geschädigten im Strafverfahren wegen Rassendiskriminierung, in: GMS/GRA/EKR (Hrsg.): Rassendiskriminierung. Gerichtspraxis zu Art. 261bis StGB. Analysen, Gutachten und Dokumentation 1995-1998, 225ff.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/SPENLÉ CHRISTOPH. Laufende gesetzgeberische Bestrebungen im Bereich der Rassendiskriminierung.

PÄRLI KURT.

- Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis (erscheint im Herbst 2009 beim Stämpfli Verlag Bern) (zit. Gleichbehandlungsgebot).
- Mehrfachdiskriminierung: In der schweizerischen Lehre und Praxis noch kein Thema, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (Hrsg.), TANGRAM Nr. 23, Bern 2009, S. 45ff. (zit. Mehrfachdiskriminierung).
- Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Arbeitsrecht, ARV 3/2007, 133ff. (zit. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz).
- Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot europäischer Wanderarbeitnehmer nach Gemeinschaftsrecht und nach dem Personenfreizügigkeitsrecht mit der Schweiz, ZESAR 2007, 25ff.
- Anstellungsdiskriminierung. Besprechung von Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne: arrêt du 10 octobre (T 304.021563) und Arbeitsgericht Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006, ARV 1/2006, 23ff., (zit. Anstellungsdiskriminierung).

PÄRLI KURT/CAPLAZI ALEXANDRA/SUTER CAROLINE. Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung bei der Arbeit – Bern 2007 (zit. HIV-Aids-Diskriminierung).

PAROUCHEVA ANNA. Neue Strafbestimmungen für eine bessere Bekämpfung von Rassendiskriminierung in der Schweiz, in: Madelaine Camprubi (Hrsg.): Angst und Streben nach Sicherheit in Gesetzgebung und Praxis, Zürich 2004, 93ff.

PULVER BERNHARD. Die Verbindlichkeit staatlicher Schutzpflichten – Am Beispiel des Arbeitsrechts, AJP/PJA 2005, 413ff.

RIEDER ANDREAS.

- Form oder Effekt? Art. 8 abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, Diss. Bern 2002 (ASR Heft 675, Bern 2003) (zit. Form oder Effekt).
- Rassendiskriminierung und Strafrecht: Wie bewährt sich Art. 261bis StGB in der Rechtsanwendung?, in: GMS/GRA/EKR (Hrsg.): Rassendiskriminierung. Gerichtspraxis zu Art. 261bis StGB. Analysen, Gutachten und Dokumentation 1995-1998, 201ff.

RIKLIN FRANZ. Die neue Strafbestimmung der Rassendiskriminierung (Art. 261bis StGB), Medialex 1/1995, 36ff.

ROM ROBERT. Die Behandlung der Rassendiskriminierung im schweizerischen Strafrecht, Diss. Zürich 1995.

SCHEFER MARKUS.

- Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, AJP 2002, S. 1131ff. (zit. Schutzpflichten).
- Die Kerngehalte von Grundrechten – Geltung, Dogmatik, inhaltliche Ausgestaltung, Habil. Bern 2001 (zit. Kerngehalte).

SPENLÉ CHRISTOPH.

- Das Mitteilungsverfahren nach dem Internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, in: Jusletter vom 15. Juli 2002.

- Wendepunkt in der Geschichte der Menschenrechte, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (Hrsg.): TANGRAM Nr. 12, Bern 2002, 27ff.
- Die Petitionsannahmestelle gemäss Artikel 14 des Internationalen Übereinkommens von 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung, ZSR – Beiheft 38, Bern 2002.

STRAUSS ROLAND. Das Verbot der Rassendiskriminierung – Völkerrecht, Internationales Übereinkommen und schweizerische Rechtsordnung, Diss. Basel 1991.

STUTZ HANS. Angewandte Antirassismusstrafnorm – Beobachtungen bei drei Gerichtsverfahren, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (Hrsg.): TANGRAM Nr. 1, Bern 1996, 40ff.

TAK. Weiterentwicklung der schweizerischen Integrationspolitik. Bericht und Empfehlungen der Tripartiten Agglomerationskonferenz vom 29. Juni 2009.

THÜRER DANIEL/ DOLD BEAT. Rassismus und «Rule of Law». Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 2005, 23ff.

TRACHSLER HERBERT.

- Welches Antidiskriminierungs-Gesetz braucht die Schweiz?, AJP 1992, S. 1473ff. (zit. Antidiskriminierungs-Gesetz).
- Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot – Funktionaler Aspekt der Persönlichkeitsrechte gemäss Art. 28 ZGB, Diss. St. Gallen. (zit. privatrechtliches Gleichbehandlungsgebot).

TSCHANNEN PIERRE. Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Bern 2004.

VEST HANS. Zur Leugnung des Völkermords an den Armeniern 1915. Eine politisch noch immer und strafrechtlich wieder aktuelle Kontroverse, AJP 1/2000, 66ff.

USTER HANSPETER. Kann Strafrecht Rassismus verhindern?, in: Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR (Hrsg.): TANGRAM Nr. 1, Bern 1996, 16ff.

WALDMANN BERNHARD.

- Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien. Kurzbegutachtung eines Einzelfalls von grundlegender Tragweite, HAVE 1/2007, 65ff. (zit. Autoversicherungsprämien).
- Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, in: Jusletter 22. Januar 2007.

- Das neue Diskriminierungsverbot in Art. 8 Abs. 2: Neue Ansätze für die Dogmatik der Rechtsgleichheit, in: Epiney/von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und in der EU, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 1ff.
- Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Habil. Bern 2003. (zit. Diskriminierungsverbot).
- Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbot, iusful 6/2003, 252ff.

WIEDERKEHR RENÉ. Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen: Gilt Art. 36 BV auch bei der Einschränkung der Rechtsgleichheit?, AJP 2008, S. 394ff.

WILDHABER LUZIUS. Gedanken zur Rassendiskriminierung, Rechtsgleichheit und Drittwirkung im schweizerischen Recht, ZBI 1971, 465ff.

ZANNOL FABIENNE (unter Mitarbeit von Gabriella Tau und Sabine Kreienbühl). Die Anwendung der Strafnorm gegen Rassendiskriminierung. Eine Analyse der Entscheide zu Art. 261bis StGB (1995-2004), Eidgenössische Kommission gegen Rassismus (Hrsg.), Bern 2007.

Ausland & Europäische Union

ALLEN ROBIN. Article 13 EC, evolution and currents contexts, in: Meenan Helen (Hrsg.), Equality Law in an enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives, Cambridge 2007.

ARMBRÜSTER CHRISTIAN. Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen, Gutachten zuhanden der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010.

BAER SUSANNE. „Ende der Privatautonomie“ oder grundrechtliche fundierte Rechtssetzung? – Die deutsche Debatte um das Antidiskriminierungsrecht, in: ZRP 7/2002, S. 290ff.

BANTON MICHAEL. International Action against Racial Discrimination, Oxford 1996.

BELL MARK.

- The Right to Equality and Non-Discrimination, in: Hervey/Kenner (Hrsg.), Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A legal Perspective, Oxford/Portland Oregon 2003, S. 91ff.

- Anti-Discrimination Law and the European Union, Oxford 2002.
- EU anti-racism policy: the leader of the pack?, in: Meenan (Hrsg.), Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives.

BENECKE MARTINA. Rechtsvergleich der europäischen Systeme zum Antidiskriminierungsrecht, Gutachten zuhanden der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Augsburg 2011.

BIELEFELD HEINER/FOLLMAR-OTTO PETRA. Diskriminierungsschutz in der politischen Diskussion, Deutsches Institut für Menschenrechte (Hrsg.), Berlin 2005.

BOUCHOUAF SSOUFIAN/RICHTER TOBIAS. Reichweite und Grenzen des Art. 13 EGV – unmittelbar anwendbares Diskriminierungsverbot oder lediglich Kompetenznorm?, JURA 9/2006, S. 651ff.

BOVENKERK FRANK. Testing discrimination in natural experiments. A manual for international comparative research on discrimination on the grounds “race” and ethnic origin, ILO: World Employment Programme, Migration and Population Branch, Genf 1992.

BRITZ GABRIELA. Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL (2004), S. 357ff.

CARNEGIE HENRY/MEANS JOHN E. Equality of Opportunity and Pluralism in a Federal System: the Canadian Experiment, in: International Labour Review, Vol 95, No. 5, 1967, S. 381ff.

CLAPMAN ANDREW. Human Rights in the Private Sphere, Oxford 1993.

CORMACK JEANNETTE/BELL MARK. Entwicklung des Antidiskriminierungsrechts in Europa – Ein Vergleich in den 25 EU-Mitgliedstaaten, Europäisches Netzwerk unabhängiger Sachverständiger im Bereich der Nichtdiskriminierung, 2005.

DÄUBLER WOLFGANG.

- Einleitung zum AGG, in: Däubler/Betzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2008, S. 19ff.
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Allgemeiner Teil, in: Däubler/Betzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2008, S. 103ff.

- Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung, Benachteiligungsverbot, in: Däubler/Betzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz AGG, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2008, S. 301ff.

DAMM SVEN MIRKO. Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes, Schriften zum Internationalen Recht, Band 156, Berlin 2006.

DE SCHUTTER OLIVER. Das Diskriminierungsverbot nach dem Europäischen Menschenrechtsgesetz – Seine Bedeutung für die „Rassengleichbehandlungsrichtlinie“ und die Richtlinie zur Gleichbehandlung in der Beschäftigung, Brüssel 2005.

DUPUY PIERRE-MARIE. Equality under the 1966 Covenants and in the 1948 Declaration, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin/Heidelberg/New York 2003, S. 149ff.

EICHENHOFER EBERHARD.

- Diskriminierung wegen der Rasse, ethnischen Herkunft, des Alters und der Behinderung. Vieldeutigkeit und Operationalisierungsprobleme aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht, in: Rust/Däubler/Falke/Lange/Plett/Scheiwe/Sievekking (Hrsg.): die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Rehbürg-Cocum 2003, S. 73ff.
- Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, in: DVBL 2004, S. 1079ff.

ELLIS EVELYN. EU-Antidiscrimination Law, Oxford 2005.

ERMACORA FELIX. Diskriminierungsschutz und Diskriminierungsverbote in der Arbeit der Vereinten Nationen, Wien/Stuttgart 1971.

EUROPÄISCHE KOMMISSION.

- Diskriminierung in Europa, Spezialeurobarometer 263, Zusammenfassung der Ergebnisse, Brüssel 2007.
- European handbook on equality data, Brüssel 2006.
- Gleichbehandlung und Antidiskriminierung – Jahresbericht 2006.
- Nichtdiskriminierung und Chancengleichheit für alle – eine Rahmenstrategie, Brüssel 2005.

- Diskriminierung in Europa, Eurobarometer 57.0, Zusammenfassung der Ergebnisse, Brüssel 2003.
- Grünbuch „Gleichheit und Antidiskriminierung in einer erweiterten EU“, Brüssel 2004.
- Überblick über die gesetzlichen Antidiskriminierungsbestimmungen der Mitgliedstaaten, Brüssel 2000.
- Aktionsprogramm der Gemeinschaft im Kampf gegen die Diskriminierung aus rassistischen, oder Gründen der ethnischen Herkunft, aus Gründen der Religion oder der Überzeugungen, einer Behinderung, des Alters, oder der sexuellen Ausrichtung, Ratsbeschluss vom 27. November 2000.
- European Commission against Racism and Intolerance ECRI. Third report on Switzerland, CFI (2004) 5, Strassburg 2004.

FREDMAN SANDRA. Discrimination Law, Oxford 2002.

HARTWIG MATTHIAS. Der Gleichheitssatz und die Universalisierung der Menschenrechte, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin/Heidelberg/New York 2003, S. 273ff.

HERINGA AALT WILHELM/VAN HOOF FRIED. Prohibition of Discrimination (Art. 14), in: Van Dijk/Von Hoof/Van Rijn/Zwaak (Hrsg.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4. Auflage, Antwerpen/Oxford 2006, S. 1027ff.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION (ILO).

- Equality in employment and occupation, Special Survey on equality in employment and occupation in respect of Convention 111, ILC, 83rd Session, 1996, Report III.
- Individual Observations concerning Convention No 111, Discrimination (Employment and Occupation), 1958, Switzerland (CEACR), 1991, 1993, 1996, 2003.
- Equality in employment and occupation, General Survey of the Reports on the Discrimination (Employment and Occupation) Convention (No. 111) and Recommendation (No. 111), 1958, ILC, 75th Session, 1988, Report III.

JESTAEDT MATTHIAS. Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStR 64 (2004), S. 298ff.

KLOSE ALEXANDER/MERX ANDREAS. Positive Massnahmen zur Verhinderung oder zum Ausgleich bestehender Nachteile im Sinne des § 5 AGG, Expertise zuhanden der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2011.

KOENIG DORIS/PETERS ANNE. Das Diskriminierungsverbot, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, Tübingen 2006, S. 1114ff.

LADEUR KARL HEINZ. The German Proposal of an „Anti-Discrimination“-Law: Anti-constitutional and Anti-Common Sense, The German Law Journal 5/2002.

LATRAVERSE SOPHIE. Antidiskriminierungsrecht in Frankreich: Eine neue Herausforderung für den Gleichheitssatz, in: Rudolf/Mahlmann (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Handbuch, Baden-Baden 2007, S. 167ff.

LIEBSCHER DORIS/ANNE KOBES. Beschwerdestelle und Beschwerdeverfahren nach § 13 AGG, Expertise zuhanden der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010.

LINDSCHEIDT ANJA. Antidiskriminierung im Arbeitsrecht. Neue Entwicklungen im Gemeinschaftsrecht auf Grund der Richtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG und ihre Einfügung in das deutsche Gleichbehandlungsrecht, Diss. Köln 2004.

LOBINGER THOMAS. Vertragsfreiheit und Diskriminierungsverbote, Privatautonomie im modernen Zivil- und Arbeitsrecht, in: Repgen/Lobinger/Hense (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, S. 99ff.

MAHLMANN MATTHIAS.

- Gleichheitsschutz im Europäischen Rechtskreis, in: Mahlmann/Rudolf (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Handbuch, Baden-Baden 2007, S. 87ff.
- Die Ethik des Gleichbehandlungsrechts, in: Mahlmann/Rudolf (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Handbuch, Baden-Baden 2007, S. 23ff.
- Gerechtigkeitsfragen im Gemeinschaftsrecht, in: Rust/Däubler/Falke/Lange/Plett/Scheiwe/Sievekling (Hrsg.): Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Rehburg Loccum 2003, S. 47ff.

- Gleichheitsschutz und Privatautonomie – Probleme und Perspektiven der Umsetzung der Richtlinien 2000/43/EG gegen Diskriminierung aufgrund der Rasse und ethnischer Herkunft, in: ZEuS, Heft 3, 2002, S. 407ff.

MAKKONEN TIMO. Hauptursachen, Formen und Folgen von Diskriminierung, in: Internationale Organisation für Migration (Hrsg.), Handbuch zur rechtlichen Bekämpfung von Diskriminierung, Helsinki 2003, S. 8ff.

MJÖLL ARNARDOTTIR ODDNY. Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights, The Hague, London/New York 2003.

MOHR JOCHEN. Schutz vor Diskriminierung im Europäischen Arbeitsrecht – Die Rahmenrichtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 – Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Ausrichtung, Berlin 2004.

NAUCK BERNHARD. Diskriminierung, in: Endruwei/Trommersdorff (Hrsg.), Wörterbuch der Soziologie, 2. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Stuttgart 2002.

NEUNER JÖRG. Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, JZ 2003, S. 57ff.

NICKEL RAINER. Gleichheit und Differenz in der vielfältigen Republik. Plädoyer für ein erweitertes Antidiskriminierungsrecht, Baden-Baden 1999.

NIL ADDY DAVID. Diskriminierung und Rassismus – Internationale Verpflichtungen und nationale Herausforderung für die Menschenrechtsarbeit in Deutschland, Berlin 2003.

NORBERG PER. Non-Discrimination as Social and a Free Market, in: Numhauser-Henning (Hrsg.), Legal Perspectives on Equal Treatment and Non-Discrimination, Den Haag 2001, S. 65ff.

NOLTE GEORG. Gleichheit und Nichtdiskriminierung, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin/Heidelberg/New York 2003, S. 235ff.

PICKER EDUARD. Antidiskriminierung als Zivilrechtsprogramm?, JZ 11/2003, S. 540ff.

RAMCHARAN BERTRAND G. Equality and Non-discrimination, in: Henkin (Hrsg.), The International Bill of Rights, New York 1981, S. 246ff.

REICHEGGER HEIDI. Die Auswirkungen der Richtlinie 2000/78/EG auf das kirchliche Arbeitsrecht unter Berücksichtigung von Gemeinschaftsgrundrechten als Auslegungsmaxime, Frankfurt 2005.

REPGEN TILMANN. Antidiskriminierung – die Totenglocke des Privatrechts läutet, in: Repgen/Lobinger/Hense (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, Berlin 2007, S. 11ff.

ROTHERMUND KLAUS. Diskriminierung aufgrund des Alters, Gutachten zuhanden der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010.

RUDOLF BEATE. Die völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote, in: Mahlmann/Rudolf (Hrsg.), Gleichbehandlungsrecht, Handbuch, Baden-Baden 2007, S. 58ff.

SÄCKER FRANZ-JÜRGEN.

- Vertragsfreiheit und Schutz vor Diskriminierung, in: ZEuP 1/2006, S. 1ff.
- Vernunft statt Freiheit, Zum Referentenentwurf eines privatrechtlichen Diskriminierungsgesetzes, ZRP 2002, S. 286ff.

SACHSOFSKY UTE. Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Gutachten zuhanden der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010.

SCHIEK DAGMAR.

- Indirect Discrimination, in: Schiek/Waddington/Bell (Hrsg.), Non-Discrimination Law. Cases, Materials, Oxford/Portland 2007.
- Allgemeiner Teil AGG, in: Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007, S. 61ff.
- Einleitung zum AGG, in: Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Ein Kommentar aus europäischer Perspektive, München 2007, S. 1ff.
- Differenzierte Gerechtigkeit, Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, Baden-Baden 1999.

SCHMIDT MARTINA. Organisationspflichten von Arbeitgebenden, Expertise zuhanden der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010.

SCHOKKENBROEK JEROEN. A new European Standard against Discrimination: Negotiating Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights, in: Nielsen/Chopin (Hrsg.), *The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe*, Leiden/Boston 2004, S. 61ff.

SCHÖBENER BURKHARD/STORK FLORIAN. Anti-Diskriminierungsregelungen der Europäischen Union im Zivilrecht – zur Bedeutung der Vertragsfreiheit und des Rechts auf Privatleben, *Zeus*, Heft Nr. 1/2004, S. 45ff.

SIMON PATRICK. Vergleichende Studie über die Sammlung von Daten mit dem Ziel der Bemessung des Ausmasses und der Auswirkung von Diskriminierung in den Vereinigten Staaten, Kanada, Australien, Grossbritannien und den Niederlanden, Europäische Kommission (Hrsg.), Brüssel 2004.

SKIDMORE PAUL. EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-Discrimination Policy, *ILJ* 2001, S. 126ff.

SOMEK ALEXANDER.

- Rationalität und Diskriminierung – zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht, Wien 2001.
- Neoliberale Gerechtigkeit. Zur Problematik des Antidiskriminierungsrechts, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 51/2003, S. 49ff.

STOLLEIS MICHAEL. Historische und ideengeschichtliche Entwicklung des Gleichheitssatzes, in: Rüdiger (Hrsg.), *Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz*, Heidelberg 2003, S. 7ff.

STREINZ RUDOLF. Die Kompetenz der EG zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Zivilrecht, in: Leible/Schachter (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz im Privatrecht*, München 2006, S. 11ff.

TOBLER CHRISTA.

- Rechtsbehelfe und Sanktionen im Antidiskriminierungsrecht der EG, „Wirksame, verhältnismässige und abschreckende Sanktionen und Rechtsbehelfe auf einzelstaatlicher Ebene, mit besonderem Hinweis auf Entschädigungshöchstgrenzen für Opfer von Diskriminierungen“, Europäische Gemeinschaft (Hrsg.), Brüssel 2005.
- Indirekt Discrimination, A Case Study into the Development of Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, Antwerpen/Oxford 2005.

TOMUSCHAT CHRISTIAN. Equality and Non-Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights, in: von Münch (Hrsg.), Staatsrecht – Völkerrecht – Verfassungsrecht, Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, Berlin/New York 1991, S. 691ff.

TRIEBEL MATTHIAS. Das europäische Religionsrecht am Beispiel der arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG, Frankfurt 2004.

TYSON ADAM. The Negotiation of the European Community Directive on Racial Discrimination, in: Niessen/Chopin (Hrsg.), The Development of Legal Instruments to Combat Racism in a Diverse Europe, S. 126ff.

VENEZIANI BRUNO. Non-discrimination, in: Bercusson (Hrsg.), European Labour Law and the EU-Charter of Fundamental Rights, Baden-Baden 2006.

WILLEKENS HARRY. Das belgische allgemeine Antidiskriminierungsgesetz und die Umsetzung der EU-Richtlinien 2000/43, 2000/78 und 2002/43: Zwischen politischer Korrektheit und dubioser Wirksamkeit, in: Rust et al. (Hrsg.), Die Gleichbehandlungsrichtlinien der EU und ihre Umsetzung in Deutschland, Luccum 2003.

WOLFRUM RÜDIGER. Das Verbot der Rassendiskriminierung im Völkerrecht, in: Wolfrum (Hrsg.), Gleichheit und Nichtdiskriminierung im nationalen und internationalen Menschenrechtsschutz, Berlin/Heidelberg/New York 2003, S. 215ff.

ZIMMER ANJA. Hate Speech im Völkerrecht, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Brüssel/New York/Oxford/Wien 2001.

D. Bundesgesetz gegen Diskriminierung (Modell)

Modellgesetz, April 2011

Bundesgesetz gegen Diskriminierung (Antidiskriminierungsgesetz, ADG)

I. Zweck (1-4)

Art. 1 Zweck

¹ Zweck des ADG ist:

- a. Diskriminierung zu verhindern.
- b. Diskriminierung zu beseitigen.
- c. Diskriminierung zu verringern.
- d. Diskriminierung wirksam, abschreckend und verhältnismässig zu sanktionieren.
- e. Diskriminierende Eingriffe in die psychische Integrität und physische Unversehrtheit angemessen wieder gut zu machen.

² Damit der Zweck bestmöglichst erreicht wird, schafft das ADG:

- a. rechtliche Instrumente, die es Menschen ermöglichen, angemessen, wirksam, hindernisfrei und ohne Benachteiligung auf dem Rechtsweg gegen Diskriminierung vorzugehen.
- b. rechtliche Rahmenbedingungen, die es Menschen ermöglichen, ohne Diskriminierung am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen.

Art. 2 Geltungsbereich

¹ Das ADG gilt für:

- a. Bundesaufgaben.
- b. Güter.
- c. Dienstleistungen.
- d. Bildung.
- e. Erwerbsleben.
- f. Wohnraum.
- g. Vereins- und Gesellschaftswesen.
- h. den öffentlichen Raum.

² Von lit. a erfasst ist staatliches Handeln und Unterlassen im Zuständigkeitsbereich des Bundes.

³ Von lit. b-g erfasst sind privatrechtliche Verträge in allen ihren Phasen (vorvertraglich,

vertraglich, nachvertraglich).

⁴ Von lit. h erfasst sind öffentliche Äußerungen und Gewaltanwendungen.

Art. 3 Instrumente

Die zentralen Instrumente des ADG sind:

- a. Diskriminierungsverbote.
- b. Rechtsansprüche.
- c. Durchsetzungsinstrumente.
- d. Fördermassnahmen.
- e. Staatliche, private und zwischenstaatliche Institutionen.

Art. 4 Grundsätze

Das ADG berücksichtigt bei seiner Umsetzung die folgenden Grundsätze:

- a. Gerechtigkeit.
- b. Menschenrechte.
- c. Grundrechte.
- d. Universalität der Vertragsfreiheit.
- e. Wirksamkeit.
- f. Rechtssicherheit.
- g. Effizienz.

II. Diskriminierungsverbote (5-12)

Art. 5 Diskriminierungsverbote

¹ Das Gesetz untersagt jegliche Form von Diskriminierung namentlich wegen der Rasse, der Herkunft, der Religion, der fahrenden Lebensform, des Geschlechts, der sexuellen Orientierung, des Alters, der sozialen Stellung und einer Behinderung (Dimensionen).

² Untersagt sind Diskriminierungen im Sinne von Art. 6-12.

Art. 6 Direkte Diskriminierung

Eine direkte Diskriminierung ist eine Benachteiligung wegen einer in Artikel 5 Absatz 1 genannten Dimension.

Art. 7 Indirekte Diskriminierung

Eine indirekte Diskriminierung ist eine Benachteiligung wegen einer in Artikel 5 Absatz 1 genannten Dimension, die dem Anschein nach durch neutrale Vorschriften, Kriterien, Handlungs- oder Unterlassungspraxen und Verfahren bewirkt wird, ohne dass diese Be-

nachteiligung durch ein rechtmässiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Zieles verhältnismässig – d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar – ist.

Art. 8 Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen

Ein Nichtergreifen angemessener Vorkehrungen ist das Unterlassen notwendiger und geeigneter Änderungen und Anpassungen, sofern diese keine unverhältnismässige oder unbillige Belastung darstellen, wenn sie in einem bestimmten Fall benötigt werden, um Menschen mit Behinderung tatsächlich gleichberechtigt mit anderen den Genuss und die Ausübung von Leistungen im Sinne von Artikel 2 zu ermöglichen.

Art. 9 Belästigung

Eine Belästigung ist eine Benachteiligung durch unerwünschte Verhaltensweisen, die mit einer in Artikel 5 Absatz 1 genannten Dimension in Zusammenhang stehen und bezwecken oder bewirken, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, indem ein von Gewalt, Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.

Art. 10 Assoziationsdiskriminierung

Eine Assoziationsdiskriminierung ist eine Benachteiligung, die eine Person erfährt, weil eine Drittperson, zu der sie in einem Abhängigkeits-, Betreuungs- oder anderen durch ein besonders enges Vertrauen geprägtes Verhältnis steht, tatsächlich oder zugeschrieben Trägerin einer in Artikel 5 Absatz 1 genannten Dimension sind.

Art. 11 Diskriminierende Schutzunterlassung

Eine diskriminierende Schutzunterlassung ist eine Unterlassung, bei drohender, bestehender oder vergangener Diskriminierung wegen einer in Artikel 5 Absatz 1 genannten Dimension, aufgrund einer gesetzlichen oder vertraglichen Garantstellung oder einer Pflicht aus Treu und Glauben angemessene Vorkehrungen zum Schutz der Person vor Eintritt der Diskriminierung, zur Beseitigung der Diskriminierung oder zur angemessenen Wiedergutmachung der Diskriminierung zu treffen.

Art. 12 Mehrdimensionale Diskriminierung

Eine mehrdimensionale Diskriminierung ist eine Diskriminierung im Sinne von Art. 5-11, die auf mehr als ausschliesslich eine Dimension oder auf eine Verwebung mehrerer Dimensionen gemäss Artikel 5 Absatz 1 zurückzuführen ist.

III. Rechtsansprüche (13-17)

Art. 13 Allgemeine Rechtsansprüche

¹ Es bestehen folgende Rechtsansprüche:

- a. Verbot oder Unterlassung einer drohenden Diskriminierung.
- b. Beseitigung einer bestehenden Diskriminierung.
- c. Feststellung einer Diskriminierung, wenn sich diese weiterhin störend auswirkt.
- d. Entschädigung bei einer bestehenden oder beseitigten Diskriminierung.

² Die Höhe der Entschädigung bemisst sich insbesondere nach:

- a. der Schwere der Auswirkung der Diskriminierungshandlung.
- b. dem Grad der Schuld der diskriminierenden Person.
- c. den persönlichen und finanziellen Verhältnissen der diskriminierenden Person.

³ Vorbehalten bleiben Klagen auf Schadenersatz und Genugtuung gemäss Obligationenrecht.

⁴ Die Rechtsansprüche bestehen gegenüber der:

- a. natürlichen oder juristischen Person, mit der die für die Diskriminierung bedeutende Rechtsbeziehung besteht.
- b. Hilfsperson der natürlichen oder juristischen Person gemäss Buchstabe a, sofern nicht die Person gemäss Buchstabe a zur Verantwortung gezogen werden kann.

Art. 14 Vertragsverweigerung

¹ Besteht die Diskriminierung in der Ablehnung eines Vertrages, so hat die Person wahlweise einen Anspruch auf Kontrahierung oder gemäss Artikel 13 Absatz 1, vorausgesetzt die Kontrahierung bedeutet nicht einen unverhältnismässigen Eingriff in die Interessen der Gegenpartei.

² Werden bei der Vertragsanbahnung Fragen zum persönlichen Hintergrund und zu Eigenschaften der befragten Person gestellt, die für das Vertragsverhältnis nicht von erheblicher Bedeutung sind, kann die befragte Person die Antwort verweigern oder die Frage unrichtig beantworten.

Art. 15 Vertragsinhalt

Besteht die Diskriminierung im Vertragsinhalt, so hat die diskriminierte Person wahlweise ein Anspruch auf Anpassung des Vertragsinhaltes oder gemäss Artikel 13 Absatz 1.

Art. 16 Vertragskündigung Besteht die Diskriminierung in der Kündigung eines privatrechtlichen Verhältnisses, so hat die Person wahlweise Anspruch auf einseitige Ungültigerklärung der Kündigung oder gemäss Artikel 13 Absatz 1, vorausgesetzt die Ungültigerklärung bedeutet nicht einen unverhältnismässigen Eingriff in die Interessen der Gegenpartei.

Art. 17 Datenbearbeitung Für Ansprüche aus widerrechtlicher Datenbearbeitung gilt das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG).

IV. Durchsetzung (18-22)

Art. 18 Beistandschaft ¹ Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung und den Diskriminierungsschutz fördern, sind befugt, in gerichtlichen Verfahren als Beistände der Klagenden in der Verhandlung vor der Schlichtungsbehörde und vor Gericht aufzutreten.
² Der Bundesrat bezeichnet die zur Beistandschaft berechtigten Organisationen.

Art. 19 Verbandsklage ¹ Organisationen, die nach ihren Statuten die Gleichstellung und den Diskriminierungsschutz fördern, können in eigenem Namen feststellen lassen, dass eine Diskriminierung vorliegt.
² Der Bundesrat bezeichnet die zur Beschwerde berechtigten Organisationen.

Art. 20 Unentgeltlichkeit ¹ Das Verfahren vor Schlichtungsbehörde und Gericht ist unentgeltlich.
² Einer Partei, die sich mutwillig verhält, können Verfahrenskosten auferlegt werden.

Art. 21 Untersuchungsmaxime Das zuständige Gericht ist von Amtes wegen gehalten, an der Beweisführung mitzuwirken.

Art. 21 Beweislast erleichterung Eine Diskriminierung wird vermutet, wenn diese von der betroffenen Person glaubhaft gemacht wird.

Art. 22 Schlichtungsstellen ¹ Die Kantone bezeichnen Schlichtungsstellen, die Konfliktparteien beraten und versuchen, eine Einigung herbeizuführen.

² Das Schlichtungsverfahren ist für die Parteien freiwillig.

³ Die Kantone sind frei in der Ausgestaltung des Verfahrens sowie in der Organisation der Schlichtungsstellen.

V. Fördermassnahmen (23-32)

A. Definition – Handlungsebenen – Instrumente (23-25)

Art. 23 Definition

Fördermassnahmen tragen dazu bei:

- a. die tatsächliche Gleichstellung zu fördern.
- b. strukturelle Diskriminierungen abzubauen.
- c. die Durchsetzung von Rechtsansprüchen zu unterstützen.

Art. 24 Handlungsebenen

Fördermassnahmen setzen an bei den Diskriminierungsbetroffenen, den Entscheidungsträger_innen und den gesellschaftlichen Strukturen. Sie umfassen:

- a. Massnahmen zur Ermächtigung, die darauf zielen, die Ressourcen von Diskriminierungsbetroffenen und ihren Interessenorganisationen im Umgang mit Diskriminierung zu stärken und Diskriminierungsbetroffene in der Durchsetzung ihrer Rechte zu unterstützen.
- b. Massnahmen zur Gestaltung von Entscheidungen, die darauf zielen, Menschen mit Entscheidungsmacht dazu zu bringen, gerecht und ohne Diskriminierung zu beurteilen, Konflikte präventiv zu verhindern und wirksam zu lösen.
- c. Massnahmen zur Gestaltung von pluralistischen Verhältnissen, die darauf zielen, die vielfältige Zusammensetzung von Organisationen zu fördern und die Gestaltung des öffentlichen Raumes für die unterschiedlichsten Lebensentwürfe abzusichern.

Art. 25 Handlungsinstrumente

¹ Die zentralen Instrumente der Förderung sind:

- a. Sensibilisierung.
- b. Prävention.
- c. Beratung.
- d. Intervention.
- e. Privilegierung.

² Privilegierungen sind Massnahmen, die Menschen beim Zugang zu Bereichen gemäss Artikel 2 bevorzugen, sofern die betroffenen Menschen in der gegenwärtigen sozialen

Realität in diesen Bereichen systematischen interpersonellen Benachteiligungen oder strukturellen Benachteiligungen ausgesetzt sind, mit dem Ziel, diesen einen chancengleichen Zugang zu diesen Bereichen zu ermöglichen.

³ Privilegierungen im Sinne von Absatz 1 Buchstabe e sind rechtlich zulässig, vorausgesetzt sie beruhen auf einer gesetzlichen Grundlage, dienen dem öffentlichen Interesse des Chancenausgleichs, werden als wirksam eingeschätzt und sind hinsichtlich ihres Zieles verhältnismässig – d.h. geeignet, erforderlich und zumutbar.

B. Projekt- und Strukturfinanzierung (26-30)

Art. 26 Sensibilisierung und Prävention

¹ Der Bund kann Massnahmen finanzieren zur Sensibilisierung über Diskriminierung und Prävention von Diskriminierung.

² Die Massnahmen richten sich an Diskriminierungs-betroffene, Entscheidungsträger_innen in Wirtschaft und Verwaltung, an Organisationen der Zivilgesellschaft und an die allgemeine Öffentlichkeit.

³ Der Bundesrat bestimmt die Modalitäten der Projektfinanzierung.

Art. 27 Beratung

¹ Der Bund kann privaten Institutionen strukturelle Finanzhilfen gewähren für:

- a. die Beratung von Diskriminierungs-betroffenen.
- b. die Förderung der Gleichstellung und des chancengleichen Zuganges zu Leistungen gemäss Artikel 2.
- c. Projekte zum Abbau struktureller Diskriminierungen.

² Der Bundesrat bestimmt die Modalitäten der Strukturfinanzierung.

Art. 28 Mediation

¹ Der Bund kann privaten Institutionen und Personen strukturelle oder Einzelfall bezogene Finanzhilfen gewähren für die Mediation bei Diskriminierungskonflikten.

² Der Bundesrat bestimmt die Modalitäten der Finanzierung.

Art. 29 Bildungsarbeit

¹ Der Bund kann privaten oder öffentlichen Institutionen und Personen strukturelle oder projektbezogene Finanzhilfen gewähren für die Ausbildung und Schulung im Bereich der Diskriminierungsbekämpfung.

² Der Bundesrat bestimmt die Modalitäten der Finanzierung.

Art. 30 Vernetzung

¹ Der Bund fördert den Fachaustausch unter den privaten und öffentlichen Stellen, die Sensibilisierungs-, Präventions-, Beratungs- und Interventionsarbeit leisten.

² Er kann private Stellen, die sich zwecks Verbesserung des fachlichen Austausches vernetzen möchten, finanziell unterstützen.

C. Förderprogramme (31-33)

Art. 31 Förderprogramme

¹ Der Bund entwickelt eigene Förderprogramme in den Bereichen Sensibilisierung, Prävention und Beratung.

² Die Förderprogramme umfassen insbesondere:

- a. die Erhebung, Dokumentation und Analyse von Daten zu Diskriminierungsvorfällen und Einstellungen in der Bevölkerung.
- b. die Öffnung der Institutionen.

Art. 32 Datenerhebung

¹ Der Bund erhebt, dokumentiert und analysiert regelmässig und systematisch Daten zu Diskriminierungsvorfällen und Einstellungen in der Bevölkerung.

² Er kann folgende Methoden anwenden:

- a. Testing von Diskriminierungsvorkommnissen.
- b. Befragungen von Diskriminierungsbetroffenen.
- c. Befragungen der Bevölkerung.
- d. Erhebung von Beratungsdaten.

³ Die Ergebnisse der Datenanalyse werden zwecks Entwicklung wirksamer Fördermassnahmen analysiert.

Art. 33 Öffnung der Institutionen

¹ Der Bund fördert die Öffnung der Bundesinstitutionen und unterstützt Projekte zur Öffnung privater Institutionen.

² Die Programme bezwecken:

- a. die Förderung eines benachteiligungsfreien Angebotes der Institution an ihr Klientel.
- b. die Förderung der pluralistischen Zusammensetzung der Institution.

³ Die Programme beinhalten insbesondere:

- a. Massnahmen zur Auseinandersetzung der Belegschaft mit ihren eigenen Vorurteilen.

- b. Informationen über Rechte und Pflichten sowie historische, soziologische, politologische, psychologische und philosophische Hintergründe von Diskriminierung und Diskriminierungsschutz.
- c. Informationen zum Gleichheits-Mainstreaming.
- d. Massnahmen zur Evaluation der benachteiligenden Strukturen im Aufgabenbereich der Institution.
- e. Massnahmen zur Erarbeitung und zum Eintrainieren von praxisbezogenen Handlungsanleitungen für eine diskriminierungsschutzsensible Institution.

⁴ Die Programme orientieren sich an den Bedürfnissen der Institutionen und ihrem Klientel.

VI. Institutionen (34-43)

A. Bundesamt für Diskriminierungsschutz

Art. 34 Bundesamt

¹ Das Eidgenössische Departement schafft ein Bundesamt für Diskriminierungsschutz (BDS).

² Dem BDS sind folgende Stellen organisatorisch angegliedert.

- a. Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung für Frau und Mann EBG.
- b. Fachstelle für Rassismusbekämpfung FRB.
- c. Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB.

Art. 35 Aufgaben

Das BDS hat folgende Aufgaben:

- a. Es erarbeitet Grundlagen für die Umsetzung ihrer Aufgaben.
- b. Es informiert über Rechtsgrundlagen und Angebote gegen Diskriminierung.
- c. Es prüft, begleitet und kontrolliert die Förderprojekte.
- d. Es fördert und koordiniert die Förderprogramme.
- e. Es fördert und koordiniert die Programme zur Öffnung der Institutionen.
- f. Es fördert und koordiniert die Tätigkeiten der öffentlichen und privaten Organisationen.

Art. 36 Organisation

Das BDS besteht aus folgenden Sektionen:

- a. Direktion, interne Koordination und Kommunikation.
- b. Grundlagenforschung.
- c. Projektförderung.

- d. Programmförderung.
- e. Beratung.
- f. Bildung und Vernetzung.

B. Departementale Fachstellen für Diskriminierungsfragen (37-38)

Art. 37 Fachstellen der Departemente Jedes Departement bezeichnet eine Fachstelle für Diskriminierungsfragen (FDF-Departementskürzel).

Art. 38 Aufgaben Die FDF haben folgende Aufgaben.

- a. Sie fördern in Zusammenarbeit mit dem BDS die Programme zur Öffnung der Institutionen, die in den Organisationsbereich des Departements fallen.
- b. Sie unterstützen das BDS bei der Förderung von Projekten, die den Fachbereich des Departements betreffen.
- c. sie unterstützen das BDS bei der Förderung von Programmen, die den Fachbereich des Departements betreffen.

C. Eidgenössische Kommission gegen Diskriminierung (39-43)

Art. 39 Kommission Der Bundesrat setzt eine eidgenössische Kommission gegen Diskriminierung EKD ein.

Art. 40 Aufgaben Die EKD hat folgende Aufgaben:

- a. Sie berät den Bundesrat, das BDF, die FDK und die Departemente.
- b. Sie erarbeitet gesetzgeberische und administrative Massnahmen und Vorschläge zuhanden des Bundesrats und des Bundesparlaments.
- c. Sie analysiert das Phänomen der Diskriminierung aus wissenschaftlichen und ethischen Gesichtspunkten.

Art. 41 Zusammensetzung

¹ Die EKD besteht aus 25 Mitgliedern.

² Sie setzt sich zusammen aus:

- a. Kantone (max. 3 Mitglieder)
- b. Zivilgesellschaft (mind. 13 Mitglieder). Berücksichtigung finden Organisationen aus den wichtigen Bereichen der Antidiskriminierungsarbeit.

- c. Arbeitgeber (Mitglied)
- d. Arbeitnehmer (1 Mitglied)
- e. Unabhängige Experten (mind. 3 Mitglieder)
- f. Landeskirchen (max. 2 Mitglieder)

Art. 42 Organisation

¹ Die Kommission besteht aus folgenden Unterkommissionen:

- a. Unterkommission gegen Rassismus EKR.
- b. Unterkommission für Frauenfragen EKF.

² Des weiteren konstituiert die EKD ihre Unterkommissionen selbständig.

Art. 43 Befugnisse

Die EKD ist unabhängig und hat folgende Befugnisse:

- a. Untersuchungskompetenz (inkl. Akteneinsichtsrecht) bei Einzelfallbeschwerden gegen die Eidgenossenschaft.
- b. Recht auf Einsitz als Beobachterin in sämtlichen interdepartementalen Arbeitsgruppen.
- c. Recht auf automatische Zustellung spätestens zum Zeitpunkt der Ämterkonsultation von Gesetzgebungsprojekten des Bundesrats und der Bundesversammlung.
- d. Recht auf Teilnahme an sämtlichen Vernehmlassungen, Konsultationen und Hearings des Bundes.

VII. Kollisionsrecht (44)

**Art. 44 Verhältnis zu bestehenden
Gesetzen**

¹ Die folgenden Gesetze bleiben unberührt:

- a. Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (GfG)
- b. Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen (BehiG)
- c. Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG)

² Das ADG geht vor, sofern dieses einen weitergehenden Schutz bietet.

E. Fragebogen und Adressatenliste

Wird auf Anfrage zugestellt. Bitte per E-Mail anfordern bei : aldina.camenisch@gef.be.ch.